Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Anfechtungs- und auf das Wandelungsrecht des Käufers.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Albert Roll

aus München

Rechtspraktikant in München

ACAD. LEGUM. BIBL.

Approbiert am 28. Mai 1910.

Wolfratshausen 1911
Druck von G. Schwankl.

67

Referent: Universitäts-Professor Dr. Paul Oertmann.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

a. Allgemeines.
b. Der Begriff der Vernichtung und Verschlechterung.

I. Teil:

Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Anfechtungsrecht des Käufers.

1. Kapitel: Die Anfechtung.
   a. Allgemeines.
   b. Das Verhältnis der Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages zum dinglichen Erfüllungsgeschäft.
2. Kapitel: Die Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages nach Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.
   a. solange noch keine Leistung durch den Verkäufer bewirkt ist.
   b. wenn der Verkäufer die Leistung bereits bewirkt hat.
3. Kapitel: Die Anfechtung des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.
4. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache durch den Käufer als Bestätigung des anfechtbaren Kaufes.
   Anhang: insbesondere bei mehreren Anfechtungsgründen.
5. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache nach erfolgter Anfechtung.

II. Teil:

Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Wandelungsrecht des Käufers.

Einleitung.

1. Abschnitt: Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Recht des Käufers auf Wandelung.

1. Titel: Vernichtung und Verschlechterung der Kaufsache vor Gefahrübergang.
2. Titel: Vernichtung und Verschlechterung der Kaufsache nach Gefahrübergang.
   1. Kapitel: Allgemeines.
   2. Kapitel: Durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache als Verzicht auf das Wandelungsrecht.

3. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache aus Verschulden des Käufers.
a. die Art der Verfügung.
b. der Begriff des Verschuldens.
4. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache durch Verschulden Dritter.
5. Kapitel: Die Vernichtung der Kaufsache infolge Umgestaltung.
6. Kapitel: Die Giltigkeit eines trotz entgegenstehender Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache abgeschlossenen Wandelungsvertrages.
7. Kapitel: Fälle in denen die Wandelung trotz Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache statthaft ist; insbesondere die zufällige Vernichtung oder Verschlechterung.

2. Abschnitt: Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Recht des Käufers aus der Wandelung.

1. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache vor vollzogener Wandelung.
a. physische Vernichtung oder Verschlechterung.
b. Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter.
2. Kapitel: Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache nach vollzogener Wandelung.
a. Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache macht die vollzogene Wandelung nicht von selbst wieder unwirksam.
b. durch den Käufer nach vollzogener Wandelung verschuldete Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.
c. vom Käufer nicht verschuldete Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache nach vollzogener Wandelung.

Literaturverzeichnis.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. II. Bd. Weimar 1887.

Cohn: Erlaß und Verzicht nach dem B. G. B. bei Gruchot 47. S. 221 ff.

Conze: Der Einfluß einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel. Berlin 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig.

Dernburg: das bürgerliche Recht des deutschen Reichs u. Preußens 3. Aufl. Halle 1906.

Düringer-Hachenburg: das Handelsgesetzbuch. 1. Aufl. Mannheim.

Eccius: die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B. G. B. bei Gruchot 48 S. 303 ff.

Eck: Beitrag zur Lehre von den ädilicischen Klagen; in der Festgabe für Beseler. Berlin 1885.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. 4/5 Aufl. Marburg.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung. bei Gruchot 44 S. 65 ff.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des B. G. B. München 1900.

ders. die ungewollte Willenserklärung in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Bd. 6. Seite 1 ff.

Kaufmann: Welchen Einfluß hat eine vom Käufer vorgenommene Verfügung über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel. Rostock 1901.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfs eines B. G. B. im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

ders. in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 65. S. 282 ff.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Berlin 1900.

Mensing: Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruche. Bonn 1900.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Neumann: Handausgabe des B. G. B. Berlin 1909.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Berlin. 2. Aufl.

Patuschka: Wie unterscheiden sich Anfechtungsbefugnis auf Grund des § 119[2] B. G. B. und Wandelungsanspruch nach Voraussetzungen, Struktur und Wirkungen? Jena 1903.

Plank: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. Berlin 1899.

„Recht" Rundschau für den deutschen Juristenstand: 11. u. 12. Jahrgang.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan. Leipzig.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1899.

Sächsisches Archiv: Bd. 13.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B. G. B.; bei Gruchot 46 S. 1 ff.

Schollmeyer: Kommentar zum B. G. B. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

ders.: das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1904.

Schloßmann: Willenserklärung und Willensgeschäft, in der Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Hänel. Kiel und Leipzig 1907.

Schreiber: Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom obligatorischen Vertrag bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften. bei Gruchot 52 S. 515 ff.

Schröder: Zur Lehre von der Gewährleistung der Kaufsache 1903.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1906.

Staudinger: Kommentar zum B. G. B. 3/4 neubearbeitete Auflage München.

Titze: die Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im B. G. B. München 1905.

Zitelmann: Das Recht des B. G. B. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Einleitung.

a. Allgemeines.

Anfechtung und Wandelung sind Rechtsbehelfe, durch welche ein abgeschlossener Kaufvertrag unter gewissen Voraussetzungen seiner rechtlichen Wirkungen wieder entkleidet wird, sodaß der Rechtszustand, wie er vor Abschluß des Kaufes bestanden hatte, wiederhergestellt wird.

Wie die Voraussetzungen für die Geltendmachung dieser beiden Rechtsbehelfe verschieden sind, so ist auch die juristische Struktur derselben eine völlig verschiedene; die Anfechtung ist eine Befugnis, deren Geltendmachung durch einseitige Willenserklärung des Berechtigten erfolgt; das Recht auf Wandelung ist ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer, die Wandelung selbst ihrer rechtlichen Statur nach ein Vertrag [1]). Der wirtschaftliche Zweck, dem sie dienen, ist der gleiche: Wiederherstellung des früheren tatsächlichen Zustandes. Der Verwirklichung dieses Zweckes kann sich aber als Hindernis die in der Zwischenzeit erfolgte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache entgegenstellen. In wieweit diese Tatsachen, welche die Wiederherstellung des ehemaligen faktischen Zustandes unmöglich machen, mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der rechtlichen Natur der beiden Rechtsbehelfe auf die Möglichkeit der Beseitigung des abgeschlossenen Kaufvertrages von Einfluß sind, ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

b. Der Begriff der Vernichtung und Verschlechterung.

Vernichtung und Verschlechterung sind Begriffe, die dem täglichen Leben entnommen sind; was darunter zu verstehen ist, entscheidet die Verkehrsauffassung. Demnach ist eine Sache verschlechtert, wenn auf deren Substanz eine Einwirkung erfolgt ist, derart, daß ihre Brauchbarkeit für ihre konkrete Zweckbestimmung herabgemindert ist. Geht die Verschlechterung soweit, daß die Sache für ihren Zweck völlig unbrauchbar geworden ist, so spricht man von Vernichtung. So ist Untergang vor allem auch völlige Entwertung z. B. Niederbrennen eines Hauses. [2])

Die Bezugnahme auf die Zweckbestimmung der Sache ist für den Begriff der Vernichtung bezw. Verschlechterung notwendig, um zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis zu kommen da, — abgesehen davon, daß eine Vernichtung im eigentlichen, absoluten Sinn, d. i. ein zu Nichts werden unmöglich ist, vielmehr nur eine Aenderung der äußeren Erscheinungsform der Materie in Frage kommt, — das Werturteil, das wir einer Sache beilegen, immer mit Rücksicht auf die Geeignetheit derselben, der Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses zu dienen, gebildet wird. Somit sprechen wir von Vernichtung bezw. Verschlechterung einer Sache, jenachdem sie nach Eintritt einer gewissen Veränderung entweder überhaupt nichtmehr (Vernichtung) oder nur noch in minder vollkommenem Maße (Verschlechterung) der Befriedigung jenes Bedürfnisses zu dienen vermag.

---

[1]) vergl. Patuschka S. 30 ff.

[2]) Dernburg II § 174; Crome II § 213.

Daß die Veränderung der Sache eine unwirtschaftliche sei, ist aber keineswegs für den Begriff der Vernichtung oder Verschlechterung erforderlich. Es kann vielmehr sein, daß durch die Veränderung der Sache gerade deren wirtschaftlicher Zweck erfüllt wird z. B. Gebrauch oder Verbrauch oder daß die Sache nach vorgenommener Veränderung in anderer Weise oder sogar in höherem Maße der Bedürfnisbefriedigung dient, so wenn die Sache aus ihrer ursprünglichen Gestalt auf dem Weg der Spezifikation in eine andere Erscheinungsform übertragen wird. Trotzdem muß in allen diesen Fällen von Vernichtung bezw. Verschlechterung gesprochen werden, denn so wie die betreffende Sache ursprünglich bestanden hatte, hat sie aufgehört zu sein, ihrem ursprünglichen Zweck vermag sie nicht mehr in gleicher Weise zu dienen.

Der Begriff der Vernichtung und Verschlechterung ist aber nicht nur im physischen, sondern auch im wirtschaftlichen Sinn zu verstehen. So ist z. B. ein Gegenstand trotz Unversehrtheit seiner Substanz als vernichtet anzusehen, wenn er ins Meer gefallen ist, eine Ware, die als Spekulationsobjekt in Betracht kommt verschlechtert, wenn ihr Markt- oder Börsenpreis infolge sinkender Konjunktur ein geringerer geworden ist. Auch zufolge rein rechtlicher Vorgänge kann eine Sache als verschlechtert gelten z. B. Belastung eines Grundstückes mit Rechten Dritter, Verlust von Gerechtsamen, Auferlegung nicht vorhergesehener außerordentlicher öffentlicher Lasten.[1])

Andererseits ist aber zu beachten, daß nicht schon jede unvorteilhafte physische, wirtschaftliche oder rechtliche Einwirkung eine Verschlechterung bedeutet. Eine Verschlechterung liegt erst dann vor, wenn die Einwirkung derart ist, daß sie für das Verkehrsleben in Betracht gezogen wird. Besonders dafür, ob der Gebrauch eines Gegenstandes sich als Verschlechterung darstellt, muß in jedem einzelnen Fall die Verkehrsanschauung zu Rate gezogen werden. Man kann nicht sagen, daß das Ingebrauchnehmen einer Sache für alle Fälle eine Verschlechterung bedeutet.

Was die Grenze zwischen Vernichtung einerseits und Verschlechterung andererseits anlangt, so ist diese durchaus keine scharfe; es ist eine im Einzelfalle zu entscheidende Tatfrage, ob Vernichtung oder Verschlechterung vorliegt.

Bezüglich des Begriffes der Verschlechterung unterscheidet das Gesetz zwischen wesentlicher und unwesentlicher Verschlechterung. Letztere ist vielfach dem Untergang der Sache rechtlich gleichgestellt. Als Grund hiefür führen die Protokolle[2]) an, daß die wesentliche Verschlechterung dem wirtschaftlichen Erfolge nach dem Untergange der Sache so nahe komme, daß eine übereinstimmende rechtliche Behandlung geboten erscheine." Hiemit enthebt uns der Gesetzgeber der oft schwierigen Unterscheidung zwischen Untergang und wesentlicher Verschlechterung, während andererseits die oft nicht minder schwierige Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Verschlechterung von größter Bedeutung wird. Auch hier kann die richtige Grenze nur mit Rücksicht auf den einzelnen Fall unter Heranziehung der Verkehrsauffassung gefunden werden.

---

[1]) A. M. Plank § 446. Wie im Text zum Teil Dernburg II § 174, VIII; ferner Crome II § 213.

[2]) II, S. 795.

Das Wort „wesentlich“ gebraucht das B. G. B. an verschiedenen Stellen. So spricht es in § 119 Abs. 2 von „wesentlichen Eigenschaften“ der Person oder Sache; in § 723 von „wesentlichen Verpflichtungen“ eines Gesellschafters; in § 798 vom „wesentlichen Inhalt“ einer Inhaberschuldverschreibung; in §§ 773 Ziff. 2 und 775 Ziff. 2 von einer „wesentlich erschwerten“ Rechtsverfolgung; in § 498 von einem „wesentlich veränderten“ Gegenstand; in § 1037 vom „wesentlichen verändern“ der Nießbrauchsache; in §§ 321, 610, 775 ist die Rede von „wesentlicher Verschlechterung“ der Vermögensverhältnisse; in § 351 von „wesentlicher Verschlechterung“ des Gegenstandes. Eine Begriffsbestimmung für „wesentlich“ finden wir in § 93, wo ausgeführt ist, was unter einem „wesentlichen Bestandteil“ einer Sache zu verstehen ist. Diese auf einen ganz speziellen Fall zugeschnittene Auslegung des Wortes „wesentlich“ ist für die übrigen, oben zitierten Gesetzesstellen unbrauchbar.

Um nun im allgemeinen auf die Frage, was „wesentlich“ ist, eine Antwort zu bekommen, könnten wir uns an die Naturwissenschaft oder an die Philosophie wenden. Letztere würde uns ungefähr sagen: „wesentlich“ in des Wortes eigentlicher Bedeutung sind nur die Umstände, die das Wesen, das ist den Inbegriff derjenigen Merkmale, ohne welche die Sache nicht gedacht werden kann, berühren.

Daß eine solche rein logische Erklärung des Begriffes „wesentlich“ für wohl sämtliche oben angeführte Gesetzesstellen nicht angebracht ist, insbesondere nicht für die Umgrenzung dessen, was unter „wesentlicher Verschlechterung“ zu verstehen ist, dürfte kaum zu bezweifeln sein. Für das Recht darf der Begriff „wesentlich“ nicht anders gefaßt werden, als es dem Sinne des täglichen Lebens entspricht; hiernach fängt eine „wesentliche Verschlechterung“ nicht erst da an, wo Merkmale hinweggefallen sind, ohne welche die Sache nicht gedacht werden kann, sondern „wesentlich verschlechtert“ ist eine Sache dann, wenn Eigenschaften der Sache, auf die es im Verkehr ankommt, in Wegfall gekommen sind oder solch erhebliche Veränderungen erlitten haben, daß die Sache der ihr nach der Verkehrsauffassung zukommenden Zweckbestimmung nur mehr in ganz unvollkommenem Maße zu dienen vermag. Damit die Verschlechterung als „wesentlich“ bezeichnet werden kann, darf die Sache durch die eingetretene Veränderung für ihren ursprünglichen Zweck nicht völlig unbrauchbar geworden sein, (denn das wäre Vernichtung), jedoch müssen immerhin Eigenschaften betroffen worden sein, die bei der Bildung des Werturteils über die Sache als Faktor erheblich in Betracht gezogen werden.

Der Begriff der „wesentlichen“ Verschlechterung im Sinne des Gesetzes und des täglichen Lebens ist somit nichts Absolutes; denn das Spezifische des Verkehrs beruht gerade darin, die Sachen in Beziehung zu einem bestimmten Zweck zu stellen; der Begriff der wesentlichen Verschlechterung ist etwas durchaus Relatives, von der jeweiligen Verkehrsauffassung Abhängiges.

Die „Verkehrsauffassung“, auf welche bei der Frage der Wesentlichkeit abzustellen ist, ist des Näheren zu präzisieren als das Urteil derjenigen Personen, welchen die betreffende Sache mit Rücksicht auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses als begehrenswert erscheint; diese Personen, die Interessenten, sind es auch, welche die Wertschätzung, die sie der Sache

beilegen, durch Zahlung eines Kaufpreises zum Ausdruck bringen. Ist nun ein Gegenstand zur Befriedigung von verschiedenen Bedürfnissen geeignet, so können, je nachdem die Befriedigung des einen oder des anderen Bedürfnisses als ausschlaggebend erachtet wird, verschiedene Interessentenkreise bestehen. Dem einen Interessentenkreis kann dann eine Veränderung als unwesentlich, weil für seine Bedürfnisse nicht in Betracht kommend, erscheinen, während von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet eine wesentliche Verschlechterung vorliegt. Besonders bei zweiseitigen Geschäften kann leicht der Fall eintreten, daß sich Personen mit verschiedenen Interessen gegenüberstehen; es darf dann die Wesentlichkeit der Verschlechterung nicht lediglich nach den Anschauungen des einen Kontrahenten, beziehungsweise den Anschauungen desjenigen Personenkreises, dem er durch die Gleichartigkeit der Bedürfnisse angehört, festgestellt werden, sondern es ist auch die individuelle Brauchbarkeit der Sache für den Gegenkontrahenten mit in Betracht zu ziehen.[1])

Da das entscheidende Merkmal bei Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall eine Sache wesentlich verschlechtert ist, in den im Verkehr herrschenden Ansichten zu suchen ist, kann m. E. kein ausschlaggebendes Gewicht auf den physischen Zustand der Sache an sich gelegt werden. Eine wesentliche Verschlechterung liegt nicht nur dann vor, wenn die Integrität der Substanz der Sache bedeutsam verletzt ist, wenn also der Gegenstand eine objektive Verschlechterung erlitten hat,[2]) sondern auch dann, wenn nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses aus irgend einem Grunde die Sache erheblich weniger wert ist. Daß bei der Bildung der Werturteile neben dem Interesse an den physischen Eigenschaften auch sonstige wirtschaftliche Interessen im Verkehr Beachtung finden, kann nicht bezweifelt werden. Die wesentliche Verschlechterung kann eine physische, wirtschaftliche oder rechtliche sein, je nachdem Eigenschaften der einen oder anderen Art in hohem Grad nachteilig betroffen sind.

I. Teil.

Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Anfechtungsrecht des Käufers.

1. Kapitel:

Die Anfechtung.

a. Allgemeines.

Unter gewissen vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen kann der Käufer den Kaufvertrag anfechten. Die in Betracht kommenden Anfechtungsgründe sind Irrtum, Drohung und arglistige Täuschung des Käufers durch den Verkäufer. Ein unter solchen Umständen abgeschlossener Kaufvertrag leidet an einem Willensmangel. Es steht in der Macht des Käufers, einem derartigen Kaufgeschäft die rechtliche Wirksamkeit wieder zu entziehen. Das

[1]) Plank § 351. Schollmeyer § 351.

[2]) So R. G. 64 S. 375; dazu Thiesing im „Recht" 1908 S. 877.

Anfechtungsrecht, welches sich als Befugnis, als ein „Recht des rechtlichen Könnens" darstellt, ermöglicht es dem Berechtigten, durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung in den bestehenden Rechtszustand einzugreifen. Die Anfechtung kommt zustande lediglich durch eine Erklärung des Anfechtungsberechtigten. Da das Gesetz für diese Erklärung keine Form vorschreibt, genügt jede Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludente Handlungen. Aus dem Charakter der Anfechtung als einer einseitigen Erklärung ergibt sich, daß es gleichgiltig ist, ob der Anfechtungsgegner einverstanden ist oder nicht. Insbesondere kann der Anfechtungsgegner — in dem Falle, daß der Käufer den Kauf anficht, also der Verkäufer, — keine Einwendungen gegen die Anfechtung deshalb erheben, weil die Kaufsache vernichtet oder verschlechtertworden sei und so den Käufer an der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes hindern. Ob nach eingetretener Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache noch Anfechtung möglich ist, darüber entscheidet lediglich das Gesetz mit der Wirkung, daß die Anfechtung entweder giltig oder nichtig ist. Der Verkäufer kann lediglich die etwa kraft Gesetzes bestehende Nichtigkeit der Anfechtung geltend machen, aber nicht durch seine Einwendungen gegen die Anfechtung deren Nichtigkeit herbeiführen oder durch Unterlassen der Einwendungen auf die Nichtigkeit verzichten; diese ist vielmehr von amtswegen im Prozeß zu beachten.

Die giltig erfolgte Anfechtung bewirkt, daß das bis zur Anfechtung wirksame Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen wird.[1])

Was nun die Anfechtung des Kaufes, wie überhaupt jedes zweiseitigen Rechtsgeschäftes anlangt, so zeigt sich bei genauem Zusehen, daß es nicht ganz korrekt ist, von Anfechtung des Kaufes zu sprechen, daß die Anfechtung sich vielmehr nur auf die eigene Willenserklärung beziehen kann; erst als weitere notwendige Folge ergibt sich, daß durch Wegfall der durch Anfechtung nichtig gewordenen Willenserklärung des Käufers der ganze Kauf, der auf der Uebereinstimmung zweier giltiger Willenserklärungen beruht, nichtig ist. Jedoch der Kürze des Ausdruckes wegen und weil es praktisch auf das Gleiche hinausläuft, mag hier, wie allgemein üblich von Anfechtung des Kaufes schlechthin gesprochen werden.

b. Das Verhältnis der Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages zum dinglichen Erfüllungsgeschäft.

Das B. G. B. unterscheidet zwischen dem obligatorischen Kaufvertrag, dem sogenannten Kausalgeschäft und dem dinglichen Leistungsgeschäft, als einem abstrakten von ersterem völlig losgelösten Erfüllungsgeschäft. Das obligatorische Kausalgeschäft schafft nur persönliche Rechtsbeziehungen unter den Parteien, letzteres äußert seine Wirkungen absolut, auch gegen Dritte.

---

[1]) Nach anderer Ansicht ist das anfechtbare Geschäft von Anfang an schon nichtig, die Anfechtung nur Feststellung dieser Tatsache. So Endemann I. S. 372 „die Anfechtung „enthüllt" die wahre Rechtslage: das angefochtene Geschäft ist nichtig"; Rehbein I. S 200, der von „Aufdeckung der Nichtigkeit spricht; Enneccerus I. S. 473 „Anfechtbarkeit ist in Wahrheit eine schwebende von dem Willen des Anfechtungsberechtigten abhängende Nichtigkeit, verbunden mit der Annahme vorläufiger Geltung."

Dieses gesonderte Nebeneinanderbestehen beider Geschäfte gebietet auch eine gesonderte Prüfung in der Richtung, ob mit erfolgreich durchgeführter Anfechtung des einen der beiden, auch das andere als nichtig erscheint, beziehungsweise ob die Anfechtbarkeit des Kausalgeschäftes notwendig auch das Erfüllungsgeschäft mit ergreift, sodaß die rechtswirksame Anfechtung des ersteren auch die Nichtigkeit des letzteren im Gefolge hat. Schreiber[1]) versucht den Nachweis, daß § 142 B. G. B. die Anfechtung mit dinglicher, auch das Erfüllungsgeschäft treffender Wirkung ausstatte. Dies dürfte jedoch zu weit gehen; es muß vielmehr, wie bereits bemerkt, einer gesonderten den Umständen des einzelnen Falls Rechnung tragenden Prüfung überlassen bleiben, ob die Anfechtung ihre Wirkung auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft zu erstrecken vermag. Dies ist nur dann der Fall, wenn auch für den dinglichen Verfügungsakt ein Anfechtungsgrund vorliegt und nach dem Willen des Anfechtenden die Anfechtungserklärung sich auf ihn bezieht. Zu einer richtigen Entscheidung im konkreten Fall führt uns die Erwägung, daß zunächst Folge der wirksamen Anfechtung Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages ist, daß zugleich auch Nichtigkeit des dinglichen Uebereignungsgeschäftes vorliegt, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakt zusammenfallen und dieser am Anfechtungsgrund leidet.[2]) Auch kann das dingliche Geschäft kraft Parteiwillens in seinem rechtlichen Bestand in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen gesetzt werden;[3]) ob ein solcher Parteiwille vorliegt, muß im einzelnen Falle geprüft und darf nicht präsumiert werden. Meist wird ja die Anfechtung des Kausalgeschäftes das Erfüllungsgeschäft mitumfassen, da in der überwiegenden Zahl der Fälle der Willensmangel des Grundgeschäftes das Erfüllungsgeschäft mit ergreift.

Als Ergebnis dürfte anzunehmen sein, daß aus Gründen tatsächlicher Natur die Anfechtung in der Regel den dinglichen Vertrag mit umfaßt, jedoch nicht mit rechtlicher Notwendigkeit.

Je nachdem nun die Anfechtung den dinglichen Vertrag mitumfaßt oder sich lediglich auf das obligatorische Kausalgeschäft erstreckt, sind auch die Wirkung der Anfechtung verschieden. Beim Kauf fällt im ersteren Falle das Eigentum an der Kaufsache von selbst wieder an den Verkäufer zurück; derselbe kann daher mit der Eigentumsklage die Kaufsache zurückfordern. Im letzteren Falle bleibt das dingliche Geschäft wirksam, die Leistung entbehrt aber des rechtlichen Grundes; es kann daher die Kaufsache vom Verkäufer mit der Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden.

[1]) bei Gruchot 52. S. 515.
[2]) R. G. 66. S. 390.
[3]) R. G. 57. S. 95.

2. Kapitel:

Die Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages nach Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.

a. solange noch keine Leistung durch den Verkäufer bewirkt ist.

Die Wirkungen der Anfechtung sind verschieden, je nachdem auf Grund des anfechtbaren Geschäfts schon eine Leistung erfolgt ist oder nicht, ob also lediglich der obligatorische Vertrag oder auch die Wirkungen des dinglichen Geschäfts wieder beseitigt werden müssen. Soweit auf Grund des Kaufvertrages noch keine Leistung bewirkt ist, kann natürlich nur die Anfechtbarkeit des obligatorischen Kaufgeschäftes in Frage kommen. Die erfolgreich durchgeführte Anfechtung befreit den Verkäufer von seiner Uebergabe- und Eigentumsverschaffungspflicht, den Käufer von der Verpflichtung zur Abnahme der Kaufsache und von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises.

Da die Vernichtung der Kaufsache sich als gänzliche Unmöglichkeit der Leistung darstellt und da die Verschlechterung, soweit sie eine nicht zu beseitigende ist, sich als teilweise Unmöglichkeit der Leistung darstellt, fragt es sich, ob der Käufer sein Anfechtungsrecht noch geltend machen kann, wenn der Verkäufer auf Grund dieser Tatsachen bereits von seiner Leistungspflicht befreit ist. Von besonderer Bedeutung ist diese Frage, wenn die Voraussetzungen des § 324 B. G. B. vorliegen: kann der Anspruch des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises vom Käufer, der die Sache schuldhaft — denn vor der Uebergabe ist die Kaufsache in der Regel eine fremde — zerstört oder beschädigt hat, dadurch beseitigt werden, daß er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht.

Diese Frage ist in dem Sinne zu beantworten, daß der Käufer trotz Vernichtung oder Verschlechterung der noch nicht übereigneten Kaufsache grundsätzlich von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen kann. Es folgt dies aus der Erwägung, daß die Anfechtung eine Befugnis des Käufers ist, welche für ihn bereits zur Zeit des Kaufabschlusses zur Entstehung gelangt ist. Die Anfechtbarkeit ist ein Mangel, der dem Kaufvertrag in dem Zeitpunkt, wo die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache eintritt, bereits anhaftet. Diese nachträglich hinzukommenden Tatsachen vermögen die von Anfang an bestehende Anfechtbarkeit nicht zu beseitigen, denn die Anfechtbarkeit gründet sich auf einen Willensmangel des einen der Vertragschließenden und kann nur durch eine adäquate Ursache, nämlich nur durch den Willen des Anfechtungsberechtigten — d. i. die Bestätigung des Geschäfts — wieder beseitigt werden. Soweit aber Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache sich nicht als Bestätigung qualifizieren (das Nähere hierüber im 4. Kapitel) beeinträchtigen sie in keiner Weise das bestehende Anfechtungsrecht.

Durch die Anfechtung wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei, der Käufer von seiner Pflicht den Preis zu zahlen und wenn er schon

bezahlt hat, kann er die Zahlung auf dem Wege der Kondiktion zurückverlangen, denn mit Wegfall des Kaufvertrages entbehrt seine Leistung des rechtlichen Grundes. Zu diesem Ergebnis würde man im Falle einer von keinem Vertragsteil zu vertretenden Vernichtung auch ohne Anfechtung kommen (§ 275 u. 323[1] Satz 1 B. G. B.), da ja die Vernichtung der Kaufsache stets totale Unmöglichkeit der Leistung bedeutet. Anders, wenn nur Verschlechterung vorliegt, die kein Teil zu vertreten hat; ohne Anfechtung könnte der Käufer nur seine Zahlung mindern und müßte die noch mögliche Restleistung annehmen, während er durch Gebrauch des Anfechtungsrechtes von der Annahmepflicht bezüglich der Restleistung sich befreien kann und überhaupt keine Zahlung zu machen braucht.

Hat der Verkäufer schuldhaft die noch nicht übereignete, aber bereits verkaufte Sache vernichtet oder beschädigt, so kann der Käufer natürlich, falls ein Anfechtungsgrund vorliegt auch anfechten und sich so von seiner Leistungspflicht befreien. Jedoch kann er den Vertrag auch gelten lassen und nach § 325 B. G. B. Schadensersatz verlangen, was für ihn unter Umständen günstiger ist. Weiterhin kann der Käufer in diesem Fall auch vom Kauf zurücktreten: die Ausübung der Rücktrittsbefugnis schafft eine ähnliche Wirkung wie die Anfechtung, aber es ist doch durchaus nicht das Gleiche, ob der Käufer von dem einen oder dem andern Rechtsbehelf Gebrauch macht. Dies zeigt sich z. B. wenn der Käufer seinerseits schon gezahlt hat. Durch Ausübung des Rücktrittsrechtes entsteht für den Verkäufer ohne weiteres von selbst eine obligatorische Rückgewährungspflicht in Bezug auf die geleistete Zahlung, während bei Ausübung des Anfechtungsrechtes der Käufer auf den Kondiktionsweg angewiesen ist; er muß den Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung besonders geltend machen und bekommt vielleicht nichts mehr zurück, wenn dem Verkäufer der Nachweis gelingt, daß er nicht mehr bereichert sei. In dem Falle einer durch den Verkäufer schuldhaft herbeigeführten Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache wird es für den Käufer oft besser sein, von dem Anfechtungsrecht nicht Gebrauch zu machen, sondern seine Ansprüche nach § 325 B. G. B. zur Geltung zu bringen.

Endlich steht dem Käufer sein Anfechtungsrecht auch dann noch zu, wenn er selbst es war, der die vollständige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung durch Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache vor der Uebereignung herbeigeführt hat. Dieses Ergebnis möchte vielleicht etwas befremden, wenn man bedenkt, daß der Verkäufer durch die Geltendmachung der Anfechtung seinen Anspruch auf den Kaufpreis verliert, während doch nach § 324 B. G. B. in diesem Falle dem Verkäufer sein Anspruch auf den Kaufpreis erhalten bleiben müßte. Jedoch nach der bereits dargelegten Auffassung, wonach der Gebrauch oder Nichtgebrauch der Anfechtungsbefugnis ganz von dem Belieben des Anfechtungsberechtigten abhängt und nachträgliche Ereignisse — abgesehen von der Bestätigung — keinen Einfluß auf das Anfechtungsrecht haben, ist auch hier die Anfechtungsmöglichkeit in vollem Umfang zuzusprechen. Es widerspricht dies auch nicht der Billigkeit, denn der Verkäufer ist durchaus nicht schutzlos gestellt; der Käufer hat ja eine fremde Sache beschädigt und haftet gemäß § 823 B. G. B.

b. Wenn der Verkäufer die Leistung bereits bewirkt hat.

Ist auf Grund des obligatorischen Kaufvertrages bereits eine Leistung an den Käufer bewirkt und bezieht sich die Anfechtbarkeit nur auf den obligatorischen Vertrag, so steht die in der Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache liegende Unmöglichkeit der Rückgewähr der wirksamen Anfechtung nicht im Weg.

Bei Prüfung der Zulässigkeit der Anfechtung ist auch hier lediglich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ins Auge zu fassen; das Gesetz hat die Möglichkeit der Rückgewähr der Kaufsache in keinerlei Beziehung zur Wirksamkeit der Anfechtung gebracht. Nicht einmal nach erfolgreicher Anfechtung des Kaufgeschäftes besteht sofort kraft Gesetzes eine obligatorische Rückgewährungspflicht als selbstverständliche Folge der Anfechtung, wie dies bei der Wandelung und dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht der Fall ist. Vielmehr ist es bei der Anfechtung dem Verkäufer überlassen, seinen Anspruch auf Rückgewähr durch den Rechtsbehelf der Kondiktion in rechtliche Wirksamkeit treten zu lassen.[1])

Daraus, daß das Gesetz die Möglichkeit der Rückgewähr in keinerlei Beziehung zum Anfechtungsrecht gebracht hat, ergibt sich, daß es auch belanglos ist, ob und auf wessen Verschulden die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache zurückzuführen ist. Selbst dann kann die Anfechtungsmöglichkeit nicht in Frage gestellt werden, wenn der Käufer die Kaufsache ohne wirtschaftlich gerechtfertigten Grund zerstört oder beschädigt hat, denn eine analoge Anwendung des § 351 B. G. B. auf das Anfechtungsrecht ist als der gesetzlichen Grundlage entbehrend, unstatthaft.

Lediglich für die erst durch spontane Tätigkeit des Verkäufers in die Erscheinung tretende und durch die Wirksamkeit der Anfechtuug bedingte Rückgabepflicht der Kaufsache aus dem Gesichtspunkte der Kondiktion — nicht aber für die Anfechtungsbefugnis selbst — kann eine Vernichtung oder Verschlechterung von Bedeutung werden. Ist die trotz Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache statthafte Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages erfolgt, so entbehrt der dingliche Uebereignungsakt seiner rechtlichen Grundlage; der Käufer erscheint um alles das, was er unmittelbar oder mittelbar durch die Uebereignung bekommen hat, ungerechtfertigt bereichert und der Verkäufer hat insofern ein Recht auf Rückerstattung. Prinzipiell hat der Käufer nur das herauszugeben, worum er bereichert ist, also bei Vernichtung nichts, bei Verschlechterung der Sache diese nur im verschlechterten Zustand. Wegen einer zur Zeit der Anfechtung bereits vorliegenden oder auch nach derselben vor der Rückerstattung eingetretenen Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache kann der Verkäufer nur Ersatzansprüche aus allgemeinen Regeln, nicht aus einer analogen Anwendung der Sonderregeln des Rücktrittrechtes herleiten.[2]) Er kann Abtretung eines dem Käufer wegen der Vernichtung u. s. w. gegen einen Dritten zustehenden Ersatzanspruches verlangen. Hat der Käufer selbst die schädigende Einwirkung auf die Kaufsache vorgenommen, so kann der Verkäufer nicht ohne Weiteres etwa nach

[1]) R. G. 59. S. 95.

[2]) R. G. 49. S. 421 ff.

§ 280 B. G. B. Schadensersatz verlangen; denn § 280 setzt einen Schuldner, also ein bestehendes Schuldverhältnis zur Zeit der schädigenden Handlung voraus, § 280 kann also nur hinsichtlich einer nach der Kondizierung entstandenen Vernichtung oder Verschlechterung in Frage kommen. Aber auch Schadensersatzansprüche gemäß § 823 B. G. B. können für den Verkäufer wegen einer durch den Käufer herbeigeführten Beschädigung der Kaufsache nicht zur Entstehung gelangen, gleichviel ob die Beschädigung vor oder nach Erhebung des Kondiktionsanspruches entstanden ist; denn die Sache selbst ist bis zur Rückerstattung eine eigene des Käufers, und ein obligatorisches Recht, wie es der Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums ist, kann aber nach richtiger Ansicht[1]) nicht Gegenstand einer Rechtsverletzung im Sinne des § 823 sein. Wegen einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache ist also der Verkäufer, falls die Anfechtung nur den obligatorischen Kaufvertrag betrifft, einzig auf den Kondiktionsweg verwiesen, sogar dann, wenn die Beschädigung nach der Anfechtung oder gar nach Erhebung des Herausgabeanspruchs erfolgt ist. Hienach wird in vielen Fällen kein wirtschaftlich gerechter Ausgleich der Interessen geschaffen; insbesondere versagt die Kondiktion da, wo eine Inanspruchnahme des Käufers am meisten gerechtfertigt wäre, nämlich wenn er die Sache unwirtschaftlicher Weise vernichtet oder verschlechtert hat. In manchen Fällen mag § 826 B. G. B. einen Ausweg bieten, wonach der Verkäufer dann einen Schadensersatzanspruch erheben kann, wenn ihm der Nachweis gelingt, daß in der Handlungsweise des Käufers ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, was nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen ist.

Jedoch nicht nur auf das Anfechtungsrecht des Käufers ist eine, gleichviel durch welche Ursachen eingetretene Vernichtung oder Verschlechterung ohne Bedeutung, sondern auch für das Recht des Käufers seine Zahlung zurückzufordern ist der Untergang der Kaufsache und die hiedurch bewirkte Unmöglichkeit der ordnungsmäßigen Rückgabe derselben ohne Einfluß, denn der Anspruch des Käufers auf Rückgabe seiner Zahlung besteht unabhängig von dem Anspruch des Gegenkontrahenten auf Rückgewähr der von ihm gemachten Leistung. Der Satz, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu gewähren sei, kommt hier nicht zur Anwendung.[2]) Beide Ansprüche, sowohl der des Käufers auf Rückerstattung der von ihm geleisteten Zahlung, als der des Verkäufers auf Rückgewähr der Kaufsache, sind von einander unabhängig; jeder muß für sich im Kondiktionsweg zur Geltung gebracht werden.

---

[1]) vergl. R. G 57. S. 354 und die dortige Literatur.
[2]) R. G. 49. S. 431.

3. Kapitel.

Die Anfechtung des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.

Es ist bereits erwähnt, daß die Anfechtung des Kaufvertrages in vielen Fällen das dingliche Erfüllungsgeschäft mitumfaßt. Soferne sich die Anfechtung des Kaufvertrages nicht auf das dingliche Geschäft miterstreckt hat, ist auch, falls das dingliche Geschäft gleicherweise an einem die Anfechtbarkeit begründenden Mangel leidet, eine nachfolgende getrennte Anfechtung desselben möglich und zwar beim Anfechtungsgrunde des Betruges stets, beim Irrtum soferne die nachträgliche Anfechtung des dinglichen Geschäftes noch als unverzüglich gelten kann. Aber auch wenn der obligatorische Vertrag unanfechtbar ist, ist eine Anfechtung des dinglichen Geschäftes für sich allein möglich, sofern nur für das letztere die Voraussetzungen für eine Anfechtung vorliegen.

Erfolgt eine Anfechtung des dinglichen Erfüllungsgeschäftes — sei es zugleich mit dem obligatorischen Vertrag, nach Anfechtung des obligatorischen Vertrages oder ohne Anfechtung desselben — so entfällt der dingliche Vertrag absolut und mit Rückwirkung. Das Erfüllungsgeschäft beim Kauf einer körperlichen Sache ist die Uebereignung derselben. Je nachdem es sich um eine Fahrnis oder eine Liegenschaft handelt, erfolgt die Uebereignung durch Einigung und Uebergabe oder was ihr rechtlich gleichsteht, beziehungsweise durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch. Die Anfechtbarkeit, die ihren Grund in einem Willensmangel hat, erstreckt sich in erster Linie auf den Bestandteil des Uebereignungsgeschäfts, der sich als Willenserklärung charakterisiert, das ist die Einigung bezw. Auflassung. Ist dann die Einigung oder Auflassung infolge der Anfechtung nichtig, so ergibt sich hieraus von selbst Nichtigkeit der ganzen Eigentumsübertragung. Der Käufer wird dann rechtlich so behandelt, als wäre er nie Eigentümer gewesen, er ist Besitzer einer fremden Sache.

Mit vollzogener Anfechtung ist das Geschäft für beide Teile beseitigt. Auch zu Gunsten des Anfechtungsgegners wirkt die Anfechtung.[1]) Anderer Ansicht ist in diesem Punkte Schreiber trotz seiner Auffassung von der dinglichen Wirkung der Anfechtung, wenn er sagt:[2]) „die Wirkung der Anfechtung kann endlich eine dingliche nur gegenüber dem Vertragsgegner des Anfechtungsberechtigten bezw. seinem Sonderrechtsnachfolger sein. Der Gegenstand derjenigen Leistungen, welche bei Verträgen auf Leistungsaustausch dem Anfechtungsberechtigten zugeflossen sind, ist bei Vornahme der Anfechtung nur kondizierbar. Die dingliche Wirkung ist insofern bei gegenseitigen Verträgen eine einseitige." M. E. ist aber kein Grund ersichtlich, warum der Verkäufer in dem Falle, daß der Käufer anfechtungsberechtigt ist und mit Erfolg den Kauf anficht, nur auf dem Weg der Kondiktion die gelieferte Kaufsache sollte

[1]) So u. a. auch Dernburg I S. 393; Oertmann § 142. Nr. 2.

[2]) bei Gruchot 52 S. 515.

zurückerlangen können. Wenn der dingliche Vertrag schon einmal nichtig ist, dann ist der Käufer nicht mehr Eigentümer; dem Verkäufer, der notwendig jetzt Eigentümer ist, die Eigentumsklage zu versagen, wäre in keiner Weise gerechtfertigt.

Ist die Kaufsache vor Abgabe der Anfechtungserklärung zerstört oder beschädigt worden, so wird dadurch grundsätzlich die Anfechtungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen. Es ist belanglos, ob die schädigende Einwirkung auf die Kaufsache auf Zufall, Verschulden eines Dritten, Verschulden des Verkäufers oder sogar Verschulden des Käufers selbst zurückzuführen ist, soferne nur im letztgenannten Fall keine Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes vorliegt. [1])

Dieses ergibt sich aus der Natur des Anfechtungsrechtes. Nach erfolgter Anfechtung des dinglichen Geschäftes wird die Rechtslage so angesehen, als hätte nie eine Uebereignung stattgefunden. Da der Käufer rechtlich so behandelt wird, als wäre er nie Eigentümer der Kaufsache gewesen und der Verkäufer, als hätte er nie aufgehört Eigentümer zu sein, berührt eine Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache lediglich den letzteren, unbeschadet etwaiger Ersatzansprüche.

Nun könnte allerdings behauptet werden, durch die Vernichtung u. s. w. trete ein neues Moment hinzu, sodaß das allerdings von Anfang an bestehende Anfechtungsrecht erlösche oder nicht mehr ausgeübt werden könne. Dem ist, wie oben, wo von der Anfechtbarkeit des obligatorischen Geschäftes die Rede war, entgegen zu halten, daß Vernichtung u. s. w., soweit sie lediglich Tatsachen sind oder auch den Tatbestand eines Deliktes bilden, die Anfechtungsbefugnis nicht beseitigen können, daß vielmehr nur ein Rechtsgeschäft des Anfechtungsberechtigten selbst dies vermag. War eine analoge Anwendung der §§ 350 ff. schon oben, wo es sich um die Anfechtung des obligatorischen Kaufvertrages handelte, zurückzuweisen, so kann sie auch hier nicht in Frage kommen.

Es ist zwar richtig, daß bei einer Anfechtung nach erfolgter Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache das Eigentum entweder überhaupt nicht mehr, oder doch nur in verschlechtertem Zustand an den Verkäufer zurückfallen kann. Jedoch dies stellt die Möglichkeit der Anfechtung deshalb nicht in Frage, weil das Zurückfallen des Eigentums nicht Voraussetzung für die Anfechtung ist, sondern eine Folge des Umstandes, daß die Anfechtung den ursprünglichen Rechtszustand wieder aufleben läßt. Es ist also daran festzuhalten, daß die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache an sich das Anfechtungsrecht nicht ausschließt.

Was die durch die Anfechtung geschaffene Lage angeht, so erscheint es nicht unbillig, daß der Verkäufer, wenn er selbst die Schädigung der Sache herbeigeführt hat, nach der Anfechtung Eigentümer der durch ihn verschlechterten Sache ist und eine besonders unbillige Benachteiligung des Verkäufers tritt auch dann nicht zu Tage, wenn ein Dritter die Sache schuldhaft beschädigt hat, da in diesem Fall der Ersatzanspruch gegen den Dritten dem Verkäufer, als dem Eigentümer der zerstörten oder beschädigten Sache zusteht; was die

[1]) Näheres im 4. Kapitel.

zufällige Vernichtung betrifft so kann man im Allgemeinen nicht von einer Unbilligkeit reden, wenn der Verkäufer den Nachteil zu tragen hat, denn der Zufall hätte ihn, wenn er in der Zwischenzeit Eigentümer gewesen wäre, auch treffen können. Jedoch eine gewisse Härte ist nicht zu verkennen, wenn der Verkäufer deshalb nichts mehr oder doch nur eine verschlechterte Sache zu Eigen bekommt, weil der Käufer vor der Anfechtung über die Kaufsache verfügt hat. Wegen der so erlittenen Schädigung bleibt auch hier wiederum dem Verkäufer nur ein Kondiktionsanspruch falls der Käufer durch die Verfügung über die Sache bereichert ist und vielleicht ein Anspruch aus § 826 B. G. B. Ein Anspruch aus § 823 B. G. B. ist auch bei Anfechtung des dinglichen Geschäftes nicht begründet, denn wenn auch durch die Anfechtung mit rückwirkender Kraft der Verkäufer wieder Eigentümer wird, so kann man doch nicht sagen, der Käufer habe das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines „andern" verletzt; es muß vielmehr in § 823 auf den Zeitpunkt der Verletzung abgestellt werden; zur Zeit der fraglichen Handlung war die Sache wirklich eine eigene des Käufers und es war auch kein sonstiges Recht des Verkäufers auf die Sache existent. Nach erfolgter Anfechtung wird das anfechtbare Geschäft nur als von Anfang an nichtig angesehen; dies ist eine Fiktion; wo es sich aber um deliktisches Verschulden handelt, darf nicht mit Fiktionen operiert werden. Es fehlt also an der objektiven Rechtswidrigkeit.

4. Kapitel:

Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache durch den Käufer als Bestätigung des anfechtbaren Kaufes.

Eine Modifikation des in den vorhergehenden Kapiteln Gesagten ergibt sich aus § 144 B. G. B., wonach der Käufer seines Anfechtungsrechtes durch Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes verlustig gehen kann. Diese Bestätigung ist eine einseitige und bedarf auch in den Fällen, wo das zu bestätigende Geschäft, wie dies beim Kauf zutrifft, ein Vertrag ist, nicht der Annahme durch den Gegner; sie ist ein nicht empfangsbedürftiges Geschäft;[1]) sie ist formlos, bedarf daher nicht der für die zu bestätigende Uebereignung vorgeschriebenen Form, sie kann daher auch durch konkludente Handlungen erfolgen.

[1]) A. M. Enneccerus I S. 477; Matthias I S. 203; Rehbein I S. 203.

Allen diesen Erfordernissen einer rechtswirksamen Bestätigung vermag der Käufer durch eine von ihm herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache zu entsprechen. Doch nicht jede Verfügung des Käufers dieser Art kann als Bestätigung im Sinne des § 144 B. G. B. gelten, auch dann nicht immer, wenn sie dem freien Willen des Käufers entsprungen ist und sogar in Kenntnis des Anfechtungsrechtes erfolgte.

Die Bestätigung ist eine rechtsgeschäftliche Handlung. Damit eine durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung den Erfordernissen einer Bestätigung gerecht wird, ist in erster Linie erforderlich, daß sie sich als Willenserklärung darstellt. Die Bestätigung ist weiter nichts als ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Den Ausdruck Verzicht hat der Gesetzgeber nur aus dem Grunde vermieden, weil er Bedenken trug, eine Erklärung, die nicht bestimmt ist dem Anfechtungsgegner zuzukommen als Verzicht zu bezeichnen.[1]) Jedoch im Wesen handelt es sich bei der Bestätigung zweifellos um einen Verzicht. Ein Verzicht kann nun vor allem dann nicht unterstellt werden, wenn die durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung u. s. w. keine gewollte ist. Denn daraus, daß der durch Vernichtung u. s. w. betätigte Verzicht auf das Anfechtungsrecht sich stets als sogenannter stillschweigender Verzicht qualifiziert, darf nicht gefolgert werden, daß es auf das Vorhandensein des subjektiven Erklärungswillens, d. i. den Willen des Erklärenden durch sein Verhalten einen Willen kundzugeben, nicht ankomme.[2]) Der Kundgebungszweck ist vielmehr unerläßlich für jede Willenserklärung; somit kann in einer durch den Käufer unbeabsichtigt herbeigeführten Schädigung der Kaufsache kein Verzicht auf das Anfechtungsrecht erblickt werden.

Aber auch wenn die Vernichtung u. s. w. als solche vom Käufer gewollt ist, so folgt hieraus noch keineswegs, daß sie als Verzicht gewollt ist. Rein objektiv betrachtet könnte sich ja eine solche Vernichtung u. s. w. als Verzichtsbetätigung darstellen; allein es ist für einen Verzicht, wie für jede Willenserklärung ein diesbezüglicher Wille des Erklärenden unerläßlich. Bei den stillschweigenden Willenserklärungen, wie es Vernichtung usw. sein könnte, handelt es sich um die Auslegung des wirklich Gewollten. Es wäre eine in keiner Weise gerechtfertigte Fiktion, wollte man deshalb, weil das Erklärungsmittel an sich zur Verzichtserklärung geeignet erscheint, einen Verzichtswillen unterstellen.[3])

Gebraucht man aber mit Schloßmann[4]) den Begriff der Willenserklärung im objektiven Sinn, wonach Willenserklärung lediglich das äußerlich wahrnehmbare Resultat einer gewissen Tätigkeit ist und wonach es auf das wirkliche Vorhandensein des Willens, der als vorhanden erklärt ist nicht ankommt,[5]) so möchte man leicht geneigt sein, in einer Vernichtung u. s. w. einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu erblicken. Allein es dürfte im Gegensatz zu Schloßmann daran festzuhalten sein, daß zum Begriff der Willenserklärung sowohl der Wille eine Erklärung abzugeben, als das Bestehen des in den Worten ausgedrückten Willens erforderlich ist.

---

[1]) Protokolle S. 133/4.

[2]) So Bekker, Pand. II. S. 74, der die stillschweigende Willenserklärung als unbeabsichtigte erklärt. — Auch Schloßmann S. 15 ff. hält das Vorhandensein der Kundgebungsabsicht nicht für erforderlich.

[3]) Ebenso Zitelmann S. 91. [4]) S. 17. [5]) S. 16.

Aus der Fassung in der Hölder[1]) diese Theorie vertritt, wonach „durch mein Verhalten eine Willenserklärung erfolgen kann, ohne daß ich irgend daran dachte“ und nur das erforderlich ist, „daß ich nach Maßgabe meines Geisteszustandes hätte an diese Eigenschaft meines Verhaltens denken und, wenn sie meinem Willen zuwiderlief, es hätte vermeiden können“, dürfte sich hinsichtlich der Vernichtung u. s. w. ergeben, daß der Käufer, der nach Lage der Dinge auch nicht mit einer möglicherweise bestehenden Anfechtbarkeit rechnen konnte, seines Anfechtungsrechtes nicht verlustig geht, da er in diesem Zeitpunkt an die verzichtsbetätigende Eigenschaft seiner Handlungsweise nicht denken konnte; ferner daß dann ein Verzicht nicht vorliegt, wenn er die Vernichtung u. s. w. herbeizuführen nicht vermeiden konnte, z. B. die Einwirkung war unter den gegebenen Umständen notwendig.

Aber stets müßten nach der Theorie von Schloßmann und Hölder die Gründe für Ausschluß bezw. Nichtausschluß des Anfechtungsrechtes vom objektiven Standpunkte aus betrachtet werden. Ob der Anfechtungsberechtigte durch seine schädigende Einwirkung auf die Sache auch einen Verzicht betätigen wollte, wäre bedeutungslos. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden; es ist vielmehr mit Manigk[2]) daran festzuhalten, daß unser Gesetz keine fahrlässigen oder zufälligen Willenserklärungen kennt. Daraus nun, daß bei jeder Willenserklärung in erster Linie auf das Vorhandensein eines entsprechenden Willens abgestellt werden muß, folgt, daß der Käufer einen maßgebenden Verzichtswillen auf das Anfechtungsrecht nicht betätigen konnte, wenn er nicht wenigstens die Möglichkeit der Anfechtbarkeit in den Kreis seiner Vorstellungen aufgenommen hatte, während jedoch positive und sichere Kenntnis von der Anfechtbarkeit nicht erforderlich ist.[3])

Es ergibt sich also, daß eine durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung u. s. w. die nicht beabsichtigt war, unter keinen Umständen das Anfechtungsrecht ausschließt, daß aber auch eine absichtlich herbeigeführte Vernichtung u. s. w. nur dann als Verzicht auf das Anfechtungsrecht und somit als Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes angesehen werden kann, wenn eine entsprechende Absicht zu Grunde liegt; eine derartige Bestätigungsabsicht darf nicht generell unterstellt werden, sondern ihr Vorhandensein ist im einzelnen Fall zu prüfen. War aber diese Absicht der Bestätigung im Zeitpunkt der in Frage stehenden Verfügung vorhanden, so ist eine spätere Anfechtung unter Widerruf der früheren Bestätigung ausgeschlossen, denn abgesehen davon, daß bei Anfechtung wegen Irrtums die spätere Anfechtung in der Regel nicht mehr unverzüglich wäre, ist die Bestätigung ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Geschäft und kann gerade in unserm Fall, wo sie durch Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache gewissermaßen körperliche Existenz angenommen hat, nichtmehr widerrufen werden.

Das Gesetz kennt also lediglich die Bestätigung als Ausschlußgrund des Rücktrittrechtes. Soweit eine Vernichtung u. s. w. nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt, bleibt die Anfechtung möglich. Eine analoge Anwendung

---

[1]) Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 6. Jahrg. S. 2.

[2]) Zeitschr. f. d. g. Handelsrecht 65. S. 282 ff.

[3]) vergl. aber R. G. 58 S. 401.

der Regeln des Rücktrittrechtes ist, wie schon früher betont, durchaus unzulässig. Insbesondere der Umstand ob, und in welcher Weise eine Rückgewähr der Kaufsache möglich ist, kommt für die Frage der Giltigkeit der Anfechtung nicht in Betracht. Anders hat das O. L. G. Dresden in seinem Urteil vom 7. III. 02 entschieden,[1]) wonach dem Beklagten die Berechtigung, den Kauf nach den Vorschriften der §§ 123. 142 B. G. B. wegen Betrugs anzufechten fehlt, da er durch Vereitelung der Wiederherstellung des früheren Zustandes, die als Folge der Anfechtung nach §§ 142. 812 B. G. B. einzutreten haben würde, verwirkt hat. Diese Verwirkung hält das Gericht für gegeben, obwohl die Wiederherstellung des früheren Zustandes lediglich durch bestimmungsgemäße Verfügung über die Kaufsache vereitelt worden war. Das Gericht hält dafür, daß es mit der Absicht der Wiederaufhebung des Kaufes unvereinbar sei, daß der Käufer trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit weiterhin über die Kaufsache verfügte. Zur weiteren Erhärtung seiner Ausführung beruft sich das O. L. G. Dresden auf das Urteil des Reichsgerichtes vom 11. III. 1890[2]) M. E. ist es nicht zulässig, diese Entscheidung heranzuziehen, denn sie erklärt die Grundsätze des ädilitischen Ediktes auch für den Fall der Redhibition eines Kaufes wegen Betruges des Verkäufers für anwendbar. Durch das B. G. B. ist aber das Anfechtungsrecht wegen Betrugs einerseits und das Wandlungsrecht des Käufers andererseits streng geschieden und auf völlig verschiedenen Grundlagen aufgebaut worden. Nach der auf Grundlage des B. G. B. ergangenen Entscheidung des Reichsgerichtes vom 15. Oktober 1904[3]) ist die Rückgabepflicht nicht eine selbstverständliche Folge der Anfechtung; vielmehr bleibt es dem Betrüger überlassen, die Rückgabe zu verlangen und — wofern sie nicht mehr geleistet werden kann — etwaige an ihre Stelle getretene Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Ebenso spricht das Reichsgericht im Urteil vom 12. II. 1907[4]) aus, daß die Anfechtung möglich ist, ohne Rücksicht ob der Anfechtende seinerseits zurückgewähren kann.

Anhang: Insbesondere bei mehreren Anfechtungsgründen.

Die Bestätigung ist Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Die Anfechtbarkeit kann sich aber gleichzeitig auf verschiedenen Tatsachen gründen;[5]) es kann aber auch aus dem nämlichen historischen Vorgang Anfechtbarkeit aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten sich ergeben.[6]) Wenn nun der Anfechtungsberechtigte das Geschäft bestätigt — also in unserm Fall der Käufer die Sache in Bestätigungsabsicht vernichtet oder verschlechtert — liegt hierin der Verzicht auf die Anfechtbarkeit des Geschäftes schlechthin, oder der Verzicht

---

[1]) Sächs. Arch. 13. S 380 ff. Ebenso O. L. G. Hamburg 6. S. 222; letzteres aber nur für den Fall **verschuldeter** Unmöglichkeit.

[2]) R. G. 26. S. 186 ff. [3]) R. G. 59. S. 92. [4]) „Recht" 11. Nr. 724.

[5]) Z. B. X macht mich glauben, die von ihm vorgelegte Probe sei echter italienischer Wein einer bestimmten Sorte; ich bestelle 100 Flaschen hievon; infolge falscher Uebermittlung werden 1000 Flaschen geliefert; der Wein selbst ist wertlose Nachahmung.

[6]) Z. B. laut mündlicher Abrede soll ein schriftlicher Kaufvertrag über 100 Stück einer bestimmten Waren geschlossen werden; X legt mir zur Unterschrift ein von ihm arglistig auf 1000 Stück lautendes Schriftstück vor; ich unterschreibe, ohne dies zu merken. Ich kann wegen Betrug oder wegen Irrtum anfechten.

auf Geltendmachung einer einzelnen historischen Tatsache, welche die Anfechtbarkeit begründet, während weitere Tatsachen, auf die sich die Anfechtung auch stützen könnte, unberührt bleiben oder endlich, wenn die einzelne Tatsache eine mehrfache juristische Qualifikation zuläßt, Verzicht auf sämtliche aus dieser Tatsache folgenden Anfechtungsgründe oder nur auf einen hievon? Diese Frage ist in dem Sinne zu beantworten, daß die Bestätigung sich grundsätzlich nur auf den einzelnen Anfechtungsgrund d. i. den einzelnen historischen Vorgang in seiner juristischen Qualifikation als Anfechtung begründende Tatsache bezieht; mit andern Worten: die Bestätigung ist kein Verzicht auf die Anfechtbarkeit des Geschäftes als Ganzen, sondern ein Verzicht auf einen bestimmten einzelnen Anfechtungsgrund.[1]) Dies folgt aus der rechtsgeschäftlichen Natur des Verzichtes, wonach er einen bestimmten Inhalt haben muß. Der Inhalt des Verzichtes kann nur der sein, aus einer bestimmten Tatsache, aus der nach den gesetzlichen Bestimmungen Anfechtungsbefugnis in einer oder mehreren Richtungen hergeleitet werden kann, im konkreten Falle keine derartige Befugnis herleiten zu wollen. Hieraus ergibt sich vor allem, daß beim Vorliegen von mehreren Anfechtungsgründen, wenn im Hinblick auf einen derselben Bestätigung vorliegt, das Anfechtungsrecht insoweit nicht verwirkt ist, als der Bestätigende die übrigen Vorgänge in ihrer Eigenschaft als ein Anfechtungsrecht erzeugende Tatsachen gar nicht kannte, oder wenn der einzelne Vorgang eine mehrfache juristische Qualifikation zuläßt, als der Bestätigende nur in einer Richtung den Vorgang als Anfechtungsgrund kannte. Aber auch wenn der Bestätigende mehrere Anfechtungsgründe kennt, steht nichts im Wege, daß er nur auf einen hievon verzichtet. Man kann nicht sagen dies sei widersinnig, weil man nicht den Willen haben könne das Geschäft zu bestätigen und zugleich es nicht zu bestätigen. Der Vorgang ist vielmehr der: es ist erst Heilung in Bezug auf einen von den mehreren Mängeln eingetreten, die Bestätigung ist noch keine umfassende. Ob bei Vorliegen mehrerer Anfechtungsgründe, sei es daß sie aus einem oder aus verschiedenen Vorgängen entstanden sind, sich die Bestätigung auf alle oder nur einen einzelnen Anfechtungsgrund bezieht, ist lediglich aus dem Willen des Bestätigenden heraus zu beantworten: ob er verzichten konnte — bei Unkenntnis des Grundes konnte er es nicht — und ob er verzichten wollte.[2]) Hieran ändert sich auch nichts, wenn die Bestätigung eines Kaufvertrages durch Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache betätigt wurde, denn auch die hierin liegende Willenserklärung erstreckt sich nur soweit, als dies gewollt ist.

Wollte man aber davon ausgehen, daß die Bestätigung einen Verzicht auf alle objektiv im konkreten Fall vorhandenen, auch auf die von dem Erklärenden bei seinem Verzicht gar nicht in Erwägung gezogenen Anfechtungsgründe in sich schließt, so würde dies auch zu großen Härten führen: der Käufer, dem mehrere Anfechtungsgründe zur Seite stehen und der nach Kenntnis

---

[1]) In dem Regelfall, daß ein Geschäft nur an einem Anfechtungsgrund leidet, hat diese Unterscheidung keinen praktischen Wert.

[2]) Dies ist nicht befremdend, wenn man bedenkt, daß z. B. bei Vorliegen von Irrtum und Betrug der Anfechtungsberechtigte die unverzügliche Anfechtung wegen Irrtums auch absichtlich unterlassen kann was einem Verzicht gleichkommt. Trotzdem kann er immer noch wegen Betrugs anfechten, auch wenn Betrug und Irrtum sich auf die gleiche Tatsache gründen.

des ersten Anfechtungsgrundes bestätigt hat, wäre mit allen übrigen Gründen die er später erst erfährt, für immer ausgeschlossen. Dem könnte m. E. auch dadurch nicht abgeholfen werden, daß man sagte, die Bestätigung leide selbst an einem Mangel, der ihre Anfechtbarkeit begründe; sie könne also wieder beseitigt und das Geschäft weiterhin aus einem andern Grund noch angefochten werden. Denn die Unkenntnis der übrigen Anfechtungsgründe bei der Bestätigung des Geschäftes wäre nur ein Irrtum im Motiv und als solcher nicht beachtlich.

5. Kapitel:

Die Vernichtung und Verschlechterung der Kaufsache nach erfolgter Anfechtung.

Kann eine Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache an sich, — soweit sie nicht als Bestätigung in Betracht kommt — wenn sie vor der Anfechtung erfolgt, das Anfechtungsrecht des Käufers schon nicht beseitigen, so vermag sie dies selbstverständlich noch weniger, wenn sie nach der Anfechtung, also zu einer Zeit eintritt, wo das Geschäft schon nichtig ist. Aber auch wenn eine Vernichtung u. s. w. sich als Bestätigung des anfechtbaren Geschäftes darstellen würde, falls sie vor der Anfechtung eingetreten wäre, hat diese Wirkung nicht mehr, wenn sie nach der Anfechtung erfolgt. Auch wenn der Käufer durch seine Handlungsweise einen Verzicht auf die bereits geltend gemachte Anfechtung ausdrücken wollte und wenn man auch die durch den Käufer in diesem Zeitpunkt herbeigeführte Vernichtung u. s. w. als Rücknahme der Anfechtungserklärung auffassen könnte, würde dadurch die Anfechtung nicht rückgängig gemacht, denn ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann, nachdem es angefochten ist, unter Rücknahme der Anfechtung nicht bestätigt werden.[1]) Denn eine Bestätigung, wie sie durch die Vernichtung u. s. w. zum Ausdruck kommen kann, ist eine einseitige Willenserklärung, sie kann nur vor der Anfechtung in dieser Weise erfolgen. Ist ein Rechtsgeschäft giltig angefochten, so ist es nichtig; die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes muß sich als erneute Vornahme desselben darstellen und muß im Zeitpunkte der Neuvornahme allen Erfordernissen des zu bestätigenden Geschäftes entsprechen. Da somit die Bestätigung eines Vertrages alle Erfordernisse des Vertrages, insbesondere die Willensübereinstimmung enthalten muß,[2]) kann eine durch den Käufer einseitig betätigte Vernichtung u. s. w. nicht als Bestätigung des bereits wirksam angefochtenen Kaufes in Betracht kommen.

Lediglich für Ersatzansprüche des Verkäufers kann der Umstand von Bedeutung sein, daß die Vernichtung u. s. w. nach der Anfechtung geschah, insoferne nach Anfechtung des dinglichen Vertrages der Verkäufer bereits wieder Eigentümer ist und somit der Käufer eine fremde Sache beschädigt.

[1]) vergl. Rehbein § 139. II. 7. Staudinger § 144 Nr. 1. [2]) R. G. 61. S. 264.

II. Teil:

Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Wandelungsrecht des Käufers.

Einleitung.

Die Wandelung ist eine Spezialinstitution des Kaufrechtes. In ihrer geschichtlichen Wurzel geht die Wandelung auf die Rechtsprechung der kuruli schen Aedilen in Marktsachen zurück. Nach altrömischem jus civile war die Stellung des Käufers gegenüber dem Verkäufer keine besonders günstige. War die Sache mangelhaft, so haftete der Verkäufer aus der actio emti nur für zugesicherte Eigenschaften (dicta et promissa), sowie für dolos verschwiegene Mängel. Eine weitergehende Haftung des Verkäufers konnte nur durch besonderes Garantieversprechen begründet werden. Dem sich immer mehr entwickelnden Verkehr vermochte diese Regelung nicht mehr zu genügen; dies zeigte sich besonders im Marktverkehr. Um den hervorgetretenen Mißständen abzuhelfen, haben die Aedilen in ihrem Edikt ausgesprochen, daß der Verkäufer sogar für solche Mängel einstehen müsse, die ihm selbst unbekannt waren, ausgenommen es handelte sich um ganz unerhebliche Mängel, oder um solche Mängel, die dem Käufer bekannt waren oder bekannt sein mußten. (l. 1, § 8; l. 1, § 6; l. 14, § 10; l. 48, § 4; D. 21.1.

Die Aedilen gaben dem Käufer von Sklaven und Spannvieh zwei besondere, in ihren Wirkungen beschränkte Rechtsbehelfe. Während der Käufer mit der actio emti das volle Interesse, also auch den mittelbaren Schaden ersetzt verlangen konnte, geht das eine der ädilizischen Rechtsmittel, die actio quanti minoris (l. 13, pr, D. 19,1) auf Herabsetzung des Kaufpreises, während das Ziel der actio redhibitoria Rückgängigmachung des ganzen Kaufes ist: „redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit" (l. 21, pr. D. 21,1). Der Verkäufer muß den Kaufpreis samt Zinsen herausgeben, der Käufer die Sache mit Zubehör und allem Erwerb, den er aus der Sache gewacht hat, oder bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt hätte machen können; keine der Parteien soll mehr erlangen, als sie hätte, wenn der Kauf nicht geschlossen worden wäre (l. 23, § 1, D 21,1; l. 60, D. 21.1).

Die Jurisprudenz der Kaiserzeit dehnte das Edikt sodann auf alle Käufe über körperliche Sachen aus (l. 1, pr. D. 21,1).

Hinsichtlich der Voraussetzungen und des wirtschaftlichen Zweckes deckt sich die Wandelungsklage des B. G. B. ungefähr mit der actio redhibitoria. Abweichend vom römischen Recht ist nach B. G. B. die juristische Konstruktion des Wandelungsrechtes. Während die actio redhibitoria direkt auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geht, gestaltet sich nach der bei der Beratung der 2. Kommission zum Ausdruck gebrachten und dem B. G. B. zugrunde liegenden sogenannten Vertragstheorie die Wandelung heute folgendermaßen: Wenn die Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges mit Fehlern bestimmter Art behaftet ist, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes verlangen. Dieses Wandelungsrecht zerfällt in ein Recht auf Wandelung

und ein Recht aus der Wandelung. Zunächst berechtigt ein vom Verkäufer zu vertretender Sachmangel den Käufer „die Aufhebung des Kaufes durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen“ [1]) (Recht auf Wandelung). Erst vermöge dieses Wandelungsvertrages, der mit der Einverständniserklärung des Verkäufers — oder was ihr rechtlich gleichsteht — vollzogen ist, erlangt der Käufer das Recht auf tatsächliche Rückgängigmachung der Wirkungen des Kaufvertrages; dieser Anspruch ist ein Ausfluß aus der durch den Wandelungsvertrag bewirkten Vollziehung der Wandelung (Recht aus der Wandelung). Nicht schon durch den Wandelungsvertrag selbst werden die Wirkungen des Kaufgeschäftes beseitigt; eine dingliche Wirkung kommt der Wandelung nicht zu. Es greift lediglich eine Rückgewährungspflicht des Käufers Platz. Diese Rückgewährungspflicht tritt aber als notwendige Folge der Wandelung ein. Der Verkäufer ist hier nicht wie bei der Anfechtung gezwungen auf dem Weg der Kondiktion seinen Rückerstattungsanspruch zur Entstehung zur bringen, sondern durch die Wandelung selbst wird ein neues Schuldverhältnis begründet, dessen Ziel die Herstellung des Zustandes ist, der bestehen würde, wenn die Vertragsleistungen nicht bewirkt worden wären.

Dieser mit dem Wandelungsvertrag entstehenden Rückgewährungspflicht gerecht zu werden, kann für den Käufer unter Umständen unmöglich werden; so insbesondere, wenn die Kaufsache inzwischen vernichtet oder verschlechtert worden ist.

Das Wandelungsrecht des Käufers gründet sich auf die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Sachmängel; die Gewährleistungspflicht hat wiederum zur Voraussetzung einen giltigen Kaufvertrag. Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache kann aber die Giltigkeit des Kaufvertrages selbst in Frage stellen. So ist der Kauf nichtig, wenn die Sache zur Zeit des Vertragschlusses bereits untergegangen war. War die Sache in diesem Zeitpunkt schon mangelhaft oder trat die Vernichtung oder Verschlechterung nach Vertragsschluß ein, so kann gegebenen Falles Anfechtbarkeit des Kaufes begründet sein; der sodann wirksam angefochtene Kauf steht einem nichtigen gleich. Ein Gewährleistungsanspruch ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Weiterhin kann von einem Gewährleistungsanspruch dann keine Rede sein, wenn das Vorhandensein gewisser Eigenschaften der Kaufsache im Moment des Gefahrüberganges als Bedingung zum Vertragsbestandteil erhoben ist und eine solche Beschaffenheit im Zeitpunkt des Gefahrüberganges fehlt. [2])

Alle diese Fälle, in denen Ungiltigkeit des Kaufes wegen Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache vorliegt und somit auch kein Wandelungsrecht bestehen kann, scheiden von der ferneren Betrachtung aus. Desgleichen scheidet der Fall aus, daß nach Gefahrübergang eine Vernichtung u. s. w. einer zur Zeit des Gefahrüberganges mangelfreien Sache erfolgt ist, da hier ebenfalls kein Wandelungsrecht in Frage kommt, selbst dann nicht, wenn der Verkäufer selbst nach Gefahrübergang, aber nach völliger Abwickelung des Vertragsverhältnisses die Sache beschädigt hat. [3])

[1]) Protokolle I. S. 680.
[2]) So auch Schröder. S. 27.
[3]) So auch Schröder. S. 22.

1. Abschnitt: Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Recht des Käufers auf Wandelung.

1. Titel:

Vernichtung und Verschlechterung der Kaufsache vor Gefahrübergang.

Die Wirkungen der Wandelung sind verschiedene, je nachdem sie erfolgt vor der Verkäufer die Kaufsache an den Käufer geleistet hat oder hernach. Allerdings wird von manchen[1]) behauptet, das Wandelungsrecht könne erst geltend gemacht werden, wenn der Kauf wenigstens insoweit vollzogen ist, daß die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, was der Regel nach mit dem Zeitpunkt der Uebergabe der Sache an den Käufer zusammenfällt.

Jedoch daraus, daß das Gesetz als maßgebenden Zeitpunkt in welchem die Mängel vorliegen müssen, den Zeitpunkt des Gefahrüberganges festgelegt hat, folgt nicht, daß die Gewährleistungsansprüche auch erst in diesem Zeitpunkt entstehen. Vielmehr begrenzt der Zeitpunkt des Gefahrüberganges nur die bereits mit dem Vertragschlusse oder zwischenzeitlich entstandenen Rechte. Der Käufer kann, wenn bestimmte Mängel vorliegen, auch schon vor dem Gefahrübergang sein Recht auf Wandelung geltend machen, denn der Verkäufer haftet aus § 459 B. G. B. sofort mit dem Abschluß des Kaufes dafür, daß im Zeitpunkt der Uebergabe oder was ihr hinsichtlich des Gefahrüberganges gleichsteht, die Kaufsache nicht mit bestimmten Mängeln behaftet ist. Steht dies bereits früher fest, so ist die Haftung des Verkäufers auch schon früher gegründet; so besonders, wenn es sich um unheilbare Mängel handelt, wäre ein Aufschub geradezu zweckwidrig und kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen.[2])

Erfolgt in diesem Stadium, wo noch keine Leistung an den Käufer bewirkt ist, die Wandelung, so entfallen die gegenseitigen Ansprüche; von einer Pflicht zur Rückgewähr kann natürlich noch keine Rede sein.

Zum Teil modifizierend wirken auf diesen prinzipiell auch vor dem Gefahrübergang statthaften Wandelungsanspruch der Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache. Da zur Entstehung des Wandelungsrechtes eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges erforderlich ist, kann ein Wandelungsanspruch des Käufers dann nicht in Frage kommen, wenn eine Vernichtung der Kaufsache vor Gefahrübergang eingetreten ist, denn die Nichtexistenz bedeutet keine ihr fehlende Eigenschaft im Sinne des § 459 B. G. B.[3]) Die Wandelungsmöglichkeit entfällt also hier von vornherein, mag die Vernichtung auf Zufall oder Verschulden irgend jemandes zurückzuführen sein.

---

[1]) z. B. Dernburg II § 185. I. Düringer-Hachenburg Bd. 3. S. 73. — R. G. S. 73.

[2]) So Eccius bei Gruchot 46. S. 315; Schöller dortf. 43. S. 15. Crome I. S. 459; Enneccerus I. S. 847; Oertmann § 459 Nr. 3.

[3]) Titze. S. 283.

Keine weitere Einwirkung auf das Wandelungsrecht kommt einer vor Gefahrübergang eingetretenen Verschlechterung der bereits mangelhaften Sache zu, denn die Gefahr trägt ja noch der Verkäufer. War die Sache zur Zeit des Vertragschlusses fehlerfrei, so bringt die vor Gefahrübergang eintretende Verschlechterung das Wandelungsrecht zur Entstehung; ein derartiger Mangel steht einem ursprünglichen gleich.

Die Ursachen, auf welche die vor Gefahrübergang eintretende Verschlechterung zurückzuführen ist, sind im Allgemeinen gleichgiltig; mag es Zufall, Verschulden des Verkäufers oder eines dritten sein, stets hat der Käufer das Wandelungsrecht lediglich auf Grund der objektiven Tatsache des Mangels. Der einzige Ausnahmefall, bei dem die Verschlechterung kein Wandelungsrecht erzeugt, ist der, daß der Käufer selbst die Sache schuldhaft verletzt. Es wäre eine Unbilligkeit, hier dem Käufer ein Wandelungsrecht einzuräumen. Es kann nicht der Wille des Gesetzes sein, dem Verkäufer die Haftung für einen Mangel aufzuerlegen, den der Käufer selbst verschuldet hat. Für diesen Fall sind die Gewährleistungsregeln nicht maßgebend, sondern die Haftung des Verkäufers entfällt auf Grund des § 324 B. G. B.[1] [2])

Allerdings hat § 324 zur Voraussetzung, daß die Leistung unmöglich wird. Eine vertragsmäßig geschuldete Leistung ist aber nicht erst dann als unmöglich zu betrachten, wenn sie absolut unmöglich ist, sondern der Begriff der Unmöglichkeit ist ein durchaus relativer. Es ist in jedem Falle zu prüfen, ob der Verpflichtete nach dem Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses zu einer den Erfolg ermöglichenden Kraftanstrengung verpflichtet war.[3]) Nach der Auffassung des Verkehrs ist aber dem Verkäufer keinerlei Tätigkeit zuzumuten, durch die er einen durch den Käufer selbst hervorgerufenen Fehler wieder zu beseitigen hat.

Aber nur wenn der Käufer eine bis dahin fehlerfreie Sache beschädigt und sie somit zu einer im Augenblick des Gefahrüberganges mangelhaften gemacht hat, entfällt sein Wandelungsrecht in Ansehung des von ihm verursachten Mangels. Die Gewährleistungsregeln greifen jedoch wieder Platz, wenn die Sache zur Zeit der Beschädigung durch den Käufer bereits mangelhaft war, also bereits eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers bestand. Diese entfällt nicht wieder infolge einer durch den Käufer herbeigeführten Vernichtung oder Verschlechterung, ausgenommen der Käufer hat damit seinen Verzichtswillen auf den schon vorhandenen Gewährleistungsanspruch betätigt. Soweit Verzicht nicht in Betracht kommt, wird der Käufer wegen der von ihm verursachten Beschädigung nach § 823 ersatzpflichtig, wegen des aber schon vorher bestehenden Mangels bleibt er zur Wandelung berechtigt.

---

[1]) So auch Crome II § 220 Anm. 33. Oertmann vor 459.

[2]) Zu diesem Ergebnis käme man auch auf folgendem Weg: Der Käufer begeht, in dem er die von ihm gekaufte, aber noch nicht übereignete und daher für ihn fremde Sache beschädigt eine unerlaubte Handlung. Er ist nach § 823 zum Schadensersatz verpflichtet; er hat gemäß § 249 den Zustand wiederherzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Zunächst den ursprünglichen physischen, soweit dies aber unmöglich den ursprünglich wirtschaftlichen Zustand. Letzterer besteht in dem vorbehaltslosen Gebundensein an den Kauf. Den diesem Gebundensein entgegenstehenden Wandelungsanspruch darf er nicht mehr geltend machen.

[3]) In diesem Sinn auch Kisch S. 12. Kleineidam S. 14.

Aehnlich ist es auch, wenn zuerst der Käufer die Sache beschädigt — hiewegen kein Wandelungsrecht — und hernach ein weiterer Mangel auftritt, den er nicht zu vertreten hat; in Ansehung des zweiten Mangels kann der Käufer sein Wandelungsrecht ausüben.

Daß bei einer vor Gefahrübergang eintretenden Vernichtung der Kaufsache das Wandelungsrecht entfällt, ist schon oben erwähnt. Welche Folgen aus dieser Tatsache sich für die Vertragsteile ergeben, darüber kann natürlich aus dem von den Gewährleistungsansprüchen handelnden Abschnitt (§ 459 ff. B. G. B.) nichts entnommen werden. Maßgebend sind vielmehr die allgemeinen Vertragsnormen, insbesondere § 324 B. G. B. wonach der Käufer, wenn die Sache aus seinem Verschulden vernichtet wurde, zur Zahlung des Preises verpflichtet ist. Näher hierauf einzugehen ist hier nicht der Platz.

Aber auch die Verschlechterung der Kaufsache, die vor dem Gefahrübergang eintritt, bedeutet nicht nur stets einen nach § 459 zu gewährleistenden Mangel, sondern in vielen Fällen eine Unmöglichkeit der Leistung. Ob und in welchem Umfange die allgemeinen obligationenrechtlichen Normen neben den ädilizischen Behelfen Platz greifen, ist eine sehr bestrittene Sache. Näher hierauf einzugehen ist bei dem bedeutenden Umfang der einschlägigen Literatur nicht angängig, zumal die Frage nicht in direkter Beziehung zum Thema steht.[1])

2. Titel.

Vernichtung und Verschlechterung der Kaufsache nach Gefahrübergang.

1. Kapitel.

Allgemeines.

Wenn auf Grund des Kaufvertrages bereits die Leistung der Kaufsache an den Käufer erfolgt ist, so entsteht durch die Wandelung die Verpflichtung des Käufers die empfangene Leistung zurückzugewähren. Ist eine Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache eingetreten, so steht von vornherein fest, daß der Käufer seiner Rückgewährungspflicht keinenfalls in vollem Umfang gerecht werden kann. Inwieweit der Verkäufer trotzdem verpflichtet ist dem Wandelungsantrag des Käufers stattzugeben, mag im Folgenden ausgeführt werden.

Zunächst stellt sich ein Wandelungsvertrag, der nach eingetretener Vernichtung oder unbehebbarer Verschlechterung der Kaufsache abgeschlossen wird, als Vertrag über eine unmögliche Leistung dar; er müßte den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes entsprechend als nichtig angesehen werden. Jedoch § 467 B. G. B. erklärt auf die Wandelung die Normen des Rücktrittrechtes mit unwesentlichen Ausnahmen für anwendbar. Der Käufer kann somit unter denselben Voraussetzungen Wandelung verlangen, unter denen ein Rücktrittsberechtigter sein Rücktrittsrecht geltend machen kann; somit ist die Heranziehung der für gegenseitige Verträge im Allgemeinen maßgebenden Normen unstatthaft, da sie durch die speziellen Vorschriften der §§ 346 ff

[1]) Siehe Oertmann vor § 459 und die dortige Literatur.

ersetzt werden.[1]) Als Beweis aus dem Gesetz selbst, daß die allgemeinen Vertragsregeln nicht herangezogen werden dürfen, dient § 467, der nur bestimmte §§ aus der Lehre des Rücktrittrechtes für anwendbar erklärt. Der innere Grund für den Ausschluß der allgemeinen Vertragsnormen ist der, daß die Wandelung nur der äußeren Form nach ein Vertrag ist und somit die Vertragsregeln auf diesen Fall, wo der Vertragsschluß erzwungen ist, nicht anzuwenden sind.[2]) Der auf Abschluß eines Wandelungsvertrages verklagte Verkäufer kann auf den Umstand allein, daß der Käufer zur Rückerstattung der Sache außer Stande sei, keine Einrede gegen die Wandelungsklage gründen. Er kann dies vielmehr nur dann, wenn ein besonderer, durch die Vorschriften des Rücktritts- bezw. Wandelungsrechtes festgestellter Ausschlußgrund ihm zur Seite steht.

2. Kapitel.

Durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache als Verzicht auf das Wandelungsrecht.

Aus allgemeinen Gesichtspunkten, wonach der Verzicht das Erlöschen von Rechten bewirkt[3]) ergibt sich, daß der durch Vorhandensein eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrüberganges entstandene Wandelungsanspruch nachträglich wieder entfällt, wenn der Berechtigte auf diesen Anspruch verzichtet. Das Gesetz führt zwar den Verzicht nicht ausdrücklich als Verlustgrund des Rücktrittrechtes und dementsprechend des Wandelungsrechtes an, jedoch auf das Recht Wandelung zu verlangen, kann ebensowohl verzichtet werden wie auf jedes andere Recht.

Der Verzicht auf das Wandelungsrecht ist wie jener auf das Anfechtungsrecht eine Willenserklärung; es hat daher alles in dieser Richtung für den Verzicht auf das Anfechtungsrecht Gesagte[4]) hier wiederum entsprechende Geltung zu finden. Vernichtet oder verschlechtert der Käufer die ihm bereits übereignete Kaufsache, so kann diese Handlungsweise geeignet sein, den Verzichtswillen bezüglich des Wandelungsrechtes zum Ausdruck zu bringen. Denn der Verzichtswille braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern kann auch stillschweigend betätigt werden.[3]) Jedoch fehlt es an einem Verzichtswillen, wenn der Käufer die Vernichtung u. s. w. vornimmt ohne den Mangel zu kennen oder doch wenigstens mit der Möglichkeit eines Mangels zu rechnen, denn einem Verzicht muß stets die Absicht zu Grunde liegen, sich eines wenigstens möglicherweise bestehenden Rechtes zu entäußern. Es dürfte daher zu weit gegangen sein, wenn Kisch[5]) sagt „Der Verzichtswille wird regelmäßig zu vermuten sein, wenn der Gläubiger über die empfangene Sache in einer mit seinem nachträglichen Rücktritt unvereinbaren Weise verfügt".

---

[1]) vergl. Schollmeyer § 348. [2]) Dertmann § 467 Nr. 1. [3]) Motive I. S. 278.
[4]) vergl. S. 22 f. [5]) Kisch S. 139.

Diese Vermutung dürfte nicht nur stets dann unbegründet sein, wenn der Käufer von dem Bestehen seines Wandelungsrechtes nichts weiß, sondern auch in vielen Fällen, in denen er Kenntnis hievon hat. Richtiger scheint es mir daher zu sein wenn man sagt:[1]) „Der Verlust des Wandelungsanspruches tritt ein, wenn der Käufer mit der Sache in einer Weise verfährt, die auf den Willen des Behaltens schließen läßt". Denn der Wille behalten zu wollen verneint den Willen nicht behalten zu wollen, ist somit Verzichtswille.

Nicht in jeder auch in Kenntnis des Mangels herbeigeführten Beschädigung darf man schlechtweg einen Verzicht auf das Wandelungsrecht erblicken; auch hier muß daran festgehalten werden, daß die äußere Handlung allein nicht genügt, daß vielmehr der Verzichtswille unerläßlich ist. In vielen Fällen erlauben schon die äußeren Umstände einen Schluß auf das Fehlen des Verzichtswillens, so z. B. wenn der Käufer gewissermaßen in einer Zwangslage ist, indem er zur Vermeidung größerer Nachteile oder Unannehmlichkeiten die gelieferte fehlerhafte Ware in Ermangelung von etwas Besseren weiter benützt[2]) oder verbraucht und somit eine Verschlechterung oder die Vernichtung der Kaufsache herbeiführt. Es wäre verfehlt, in derartigen Verfügungen eine Verzichtsbetätigung zu erblicken.

Ein Verzicht auf das Wandelungsrecht liegt oft in der Annahme der Kaufsache trotz ihrer Mangelhaftigkeit. Für diesen Fall hat das Gesetz die spätere Geltendmachung des Mangels schlechthin ausgeschlossen, auch wenn nicht eine direkte Verzichtsbetätigung zum Ausdrucke gelangt ist. Wer die Kaufsache trotz Kenntnis ihres Mangels und ohne sich seine Rechte vorzubehalten sofort, nachdem er sie erhalten hat verbraucht und dadurch vernichtet oder gebraucht und dadurch verschlechtert hat gemäß § 464 B. G. B. endgiltig sein Wandelungsrecht verloren.[3]) Wird der Mangel der Kaufsache aber erst nach der Annahme entdeckt, so darf § 464 nicht entsprechend angewendet werden, wonach jedes Gebrauchen oder gar der Verbrauch der Kaufsache grundsätzlich den Verlust der Gewährleistungsansprüche im Gefolge hätte.[4]) Es muß vielmehr in dem Falle, daß der Käufer den Mangel erst später entdeckt und gleichwohl eine Verfügung über die Sache trifft, die wenn sie gleich bei der Uebergabe erfolgt wäre eine Annahme nach § 464 bedeuten würde, geprüft werden, ob Verzicht oder einer der unten zu behandelnden Ausschlußgründe der Gewährleistungsansprüche vorliegt. Eine analoge Anwendung der Bestimmung des § 464 ist abzulehnen. „Das verbietet schon dieses Paragraphen Wortlaut und seine singuläre Natur".[5])

Im Vorstehenden ist davon ausgegangen, daß die in Betätigung des Verzichtswillens verübte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache

---

[1]) So Staub § 377 Anm. 67. [2]) Oertmann § 464.

[3]) Dieser Verlust der Gewährleistungsansprüche ist an sich weder Erlaß der Gewährleistungsansprüche noch Verzicht im Sinn der allgemeinen Rechtslehre — obwohl unter Umständen Verzicht vorliegen kann — § 464 stellt vielmehr den singulären Grundsatz auf, daß der Käufer seine Gewährleistungsansprüche verliert, wenn er die Sache vorbehaltslos annimmt. Nach dem Willen des Käufers, sich seiner Rechte zu begeben ist hier nicht zu fragen. vergl. Oertmann § 464. 1 b.

[4]) So allerdings Laband, Arch. f. d. ziv. Praxis 74. S. 35.

[5]) Staudinger § 464 Nr. 9a; Oertmann § 144 Nr. 4.

den Verlust des Wandelungsrechtes zur Folge habe, weil hiedurch wirksam auf dieses verzichtet sei. Jedoch in einer Verfügung des Käufers offenbart sich ja nur ein einseitiger Willensakt; kann einseitig ein wirksamer Verzicht auf das Wandelungsrecht erfolgen?[1]) Vorweg möge festgestellt werden, daß einer verzichtsbetätigenden Verfügung in manchen Fällen ein übereinstimmender Wille des Verkäufers zur Seite steht. Sofern mithin ein Vertrag vorliegt, kann kein Zweifel obwalten, daß hiedurch das Wandelungsrecht beseitigt ist. Es kann in der Art ein Vertrag vorliegen, daß der Verkäufer durch Hingabe der mangelhaften Leistung gewissermaßen ein Angebot an den Käufer macht, dieser solle auf mangelfreie Leistung verzichten; es kann auch in der Weise der Vertrag zustande kommen, daß der Verkäufer, nachdem er von dem Verzicht des Käufers Kenntnis erlangt hat, sein Einverständnis erklärt. Aber in diesem Fall würde das Wandelungsrecht des Käufers nicht durch die betreffende Verfügung erlöschen, sondern erst durch die Annahme der hierin gelegenen Verzichtsofferte. Auch im ersteren Fall wo der Verkäufer die mangelhafte Sache hingibt, kann ein hiedurch bewirkter Verzichtsantrag, der sodann vom Käufer durch Verfügung über die Sache anzunehmen wäre, durchaus nicht generell unterstellt werden. Denn in vielen Fällen leistet der Verkäufer nicht in der Erwartung, der Käufer solle sich den Mangel gefallen lassen, so vor allem dann nicht, wenn er selbst den Mangel nicht kennt und somit an das Entstehen der Gewährleistungspflicht gar nicht denkt.

In den meisten Fällen wird sich der in der Verfügung über die Kaufsache liegende, vom Käufer gewollte Verzicht nicht als Vertrag, sondern als einseitige Willenserklärung darstellen. Auch ein solch einseitiger Verzicht ist wirksam, sodaß sich der Käufer dadurch seines Wandelungsrechtes begibt. Allerdings könnte dies zweifelhaft erscheinen und die Frage auftauchen, ob nicht doch grundsätzlich ein Verzichts*vertrag* erforderlich ist, denn § 397 B. G. B. spricht davon, daß Schuldverhältnisse erlöschen, wenn sie durch Vertrag erlassen werden. Hiedurch ist aber nicht gesagt, daß Schuldverhältnisse *nur* durch vertragsmäßigen Verzicht erlöschen.[2]) Es ist vielmehr auch einseitiger Verzicht des Gläubigers auf Ansprüche aus Schuldverhältnissen möglich; nur darf durch den Verzicht des Gläubigers keine Änderung des Schuldverhältnisses erfolgen (arg. § 305 B. G. B.). Wenn nun der Käufer auf sein aus den Gewährleistungsansprüchen sich ergebendes Wandelungsrecht verzichtet, so wird durch diese Maßnahme der Inhalt des durch den Kauf begründeten Schuldverhältnisses nicht geändert. Der Verzicht auf das Wandelungsrecht ist ein Verzicht auf die Geltendmachung gewisser Ansprüche, die dem Käufer aus der Lieferung einer mangelhaften Sache erwachsen. Ob die Pflicht, eine mangelfreie Ware zu liefern zum Inhalt der aus dem Kauf sich ergebenden vertragsmäßigen Leistungspflicht gehört, ist sehr bestritten.[3]) Bezieht sich, was wohl anzunehmen ist, die vertragsmäßige Leistungspflicht des Verkäufers nicht auf die Mangelfreiheit der Ware, so kann nicht die Rede sein, daß durch den Verzicht der Inhalt eines aus dem Kauf sich ergebenden Schuldverhältnisses geändert wird, denn der Käufer verzichtet nur auf einen aus dem Kaufvertrag wegen gewisser tatsächlicher

[1]) Dies bestreitet Kaufmann S. 19. [2]) Cohn S. 229 u. 262.
[3]) vergl. Oertmann § 433. 2a.

Verhältnisse entstandenen akzessorischen Anspruch. Der Verzicht auf Geltendmachung des Gewährleistungsanspruches ist ein Verzicht auf etwas, was der Verkäufer zu gewähren hat. „Hier kann von einem Verzichtsvertrag nicht gesprochen werden. Der Schuldner wird .... niemals in die Lage kommen, sich darauf berufen zu können, daß er die Leistung als solche nicht gelten zu lassen brauche, weil er den Verzicht nicht angenommen, und die Annahme ihm nicht zu imputieren sei".[1])

Die einen Verzicht auf das Wandelungsrecht ausdrückende Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache durch den Käufer kann auch zugleich eine schuldhafte sein und somit gleichzeitig aus dem Gesichtspunkt des § 351 B. G. B. die Wandelung ausschließen. Gleichwohl dürfte es nicht überflüssig sein, im einzelnen Fall zu prüfen, ob der Käufer durch seine Verfügung einen Verzicht zum Ausdruck gebracht hat. Denn gerade ob ein Verschulden wie es § 351 erfordert vorliegt, kann oft sehr zweifelhaft sein und wenn sogar feststeht, daß kein Verschulden vorliegt, kann die Wandelung doch gerade deshalb ausgeschlossen sein, weil in der Verfügung ein Verzicht liegt; endlich braucht auch die Verschlechterung, die den Verzichtswillen offenbart, keine wesentliche zu sein.

3. Kapitel.

Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache aus Verschulden des Käufers.

a. Die Art der Verfügung.

Die entsprechende Anwendung der Rücktrittsregeln auf das Wandelungsrecht ergibt, daß der Käufer des Wandelungsrechtes verlustig geht, wenn er schuldhaft die Vernichtung oder wesentliche Verschlechterung der Kaufsache herbeiführt.

Diese prinzipielle Regelung des B. G. B. steht im Widerspruch zum römischen Recht. Angesichts der Quellen kann es, wie Eck[2]) zutreffend darlegt, nicht wohl bezweifelt werden, daß bei schuldhaft vom Käufer herbeigeführter Verschlechterung die Redhibition möglich bleibt.[3]) l. 1, § 1; l. 23 pr.; l. 25 pr. § 1; l. 31 § 6 D. 21,1. sprechen sämtlich davon, daß der Käufer bei der Redhibition für den Schaden aufzukommen habe, den er der Sache zugefügt hat, eine Regelung, die nur dann einen Sinn hat, wenn trotz der Verschlechterung dem Käufer in diesem Fall die actio redhibitoria zusteht. Ganz ausdrücklich sagt l. 31 § 9 D. 21,1. „si culpa vel dolo fecerit rem deteriorem".

Ebensowenig kann es im Hinblick auf die Quellen fraglich erscheinen, daß auch bei kulposer Vernichtung der Kaufsache durch den Käufer die Redhibition gegen Schadensersatz zulässig ist, dies geht aus l. 31, § 11 D. 21,1. hervor. Diese Quellenstelle setzt es als selbstverständlich voraus,

---

[1]) Chon S. 266. [2]) Eck S. 168 ff.

[3]) vergl die verschiedenen, abweichenden Ansichten im gemeinen Recht bei Eck S. 163, 164.

daß trotz kulposer Vernichtung der Sache dem Käufer der Redhibitionsanspruch zusteht; sie befaßt sich mit der Frage, welchen Ersatz der Käufer zu leisten hat, wenn er kulpos den Untergang der Sache herbeigeführt hat.

Wie es zu halten sei, wenn der Käufer vorsätzlich die Vernichtung der Kaufsache bewirkt hat, darüber schweigen die Quellen. Infolgedessen sind in Theorie und Praxis verschiedene Meinungen in dieser Richtung vertreten worden.[1]) Unrichtig ist es, das Schweigen der Quellen dahin zu deuten, als sollte bei vorsätzlicher Vernichtung dem Käufer die actio redhibitoria versagt sein. Es ist nämlich zu beachten, daß sämtliche Quellenstellen, die über kulpose und dolose Verschlechterung handeln, die Frage des Wertersatzes im Auge haben, während sie als selbstverständlich voraussetzen, daß die Redhibition statthaft ist. Ebenso verhält es sich bei den oben angeführten Quellenstellen, welche über die kulpose Vernichtung sprechen. Daß auch bei doloser Vernichtung eine Ersatzpflicht besteht, ist so selbstverständlich, daß die Quellen darüber kein Wort zu verlieren brauchen. Aus der ganzen Art und Weise der Behandlung der Materie geht unzweideutig hervor, daß nach römischem Recht der Käufer bei jeglicher Veränderung der Kaufsache, mithin auch bei doloser Vernichtung die Redhibitionsklage hat.

Ausdrücklich über die Erhaltung der Redhibition, — nicht über die Ersatzpflicht wie gewöhnlich — spricht l. 47, § 1, D. 21.1. Zunächst wird hier ausgeführt, daß für den Fall der Manumission eines Sklaven dem Käufer die ädilizischen Rechtsmittel versagt sein sollen; als Gegensatz hiezu hebt nun Paulus ausdrücklich die Fortdauer der ädilizischen Rechtsmittel beim Tod des Sklaven hervor, ohne etwa diesen Satz auf zufällige Tötung zu beschränken.[2])

Daß in Fällen doloser Vernichtung unter Umständen dem Käufer, der die actio redhibitoria erhebt, vom Verkäufer die exceptio doli entgegengesetzt werden kann, steht nicht dem Bestehen des Wandelungsrechtes an sich, sondern nur seine Durchführung im Weg: ob der Verkäufer die exceptio doli wirklich vorbringt, steht bei ihm; tut er es nicht, so kann auch bei doloser Vernichtung in jedem Falle die Redhibition stattfinden.

In dieser Regelung des römischen Rechtes zeigt sich eine auffallende Begünstigung des Käufers gegenüber dem Verkäufer. Abweichend von diesem strengen Maßstab, den das römische Recht an die Verpflichtungen des Verkäufers anlegt, haben mit Ausnahme des gemeinen Rechtes alle früher in Deutschland geltenden Rechte die Ansprüche des Käufers in manchen Punkten zu Gunsten des Verkäufers beschränkt, z. B. das allg. Landrecht I. 5 §§ 325—328; code civil art. 1647, sowie das allg. deutsche Handelsgesetzbuch Art. 347.

Um auf die im B. G. B. getroffene Regelung näher einzugehen, möge zunächst darauf hingewiesen werden, welcher Art die Schädigung der Kaufsache sein muß, damit sie, falls verschuldet, das Wandelungsrecht beseitigt. Was unter Vernichtung zu verstehen ist, wurde bereits in der Einleitung zu dieser Abhandlung[3]) erörtert, und es braucht an dieser Stelle weiter nichts hinzugefügt zu werden. Die Verschlechterung der Kaufsache muß, damit

[1]) vergl. die Zusammenstellung bei Kaufmann S. 31. [2]) Eck S. 170. [3]) S. 9.

sie das Wandelungsrecht des Käufers auszuschließen vermag, eine wesentliche sein, während die unwesentliche Verschlechterung nach dem B. G. B. ebenso wie nach römischem Recht die Wandelung nicht ausschließt.

Was den Begriff der Verschlechterung im Sinne des § 351 anlangt, so muß im Einklang mit der bereits in der Einleitung vertretenen Anschauung auch hier festgehalten werden, daß die Verschlechterung physischer, wirtschaftlicher und an sich auch rechtlicher Natur sein kann. Daß die Veräußerung begrifflich nicht als Verschlechterung angesehen werden kann, dürfte ohne weiteres klar sein.

Aber auch die Belastung mit einem Rechte eines Dritten fällt nicht unter den Begriff der Verschlechterung im Sinne des § 351.

Schon im römischen Recht wurde die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter nicht nach den für die Verschlechterung im physischen Sinn maßgebenden Normen beurteilt. Wir finden vielmehr besondere Rechtsregeln ausgebildet, welche die Möglichkeit der actio redhibitoria im Falle der Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter behandeln.

Was diese Regelung nach römischem Recht im einzelnen angeht, so ist mit Conze[1]) zu unterscheiden, ob die Belastung mit Besitzaufgabe oder ohne solche erfolgt ist. Bei dinglicher Belastung ohne Besitzaufgabe erscheint die Wandelung grundsätzlich zulässig, was besonders Eck[2]) nachgewiesen hat, und zwar ist die Wandelung statthaft nicht nur dann, wenn es dem Käufer gelingt die Belastung vor der Rückgewähr zu beheben — was eigentlich selbstverständlich ist — sondern auch, wenn dem Käufer die Ablösung mißlingt, in welchem Falle er durch Wertersatz die Redhibition bewirken kann.

Hat sich der Käufer infolge der dinglichen Belastung der Kaufsache des Besitzes derselben begeben, so steht die Belastung der Veräußerung gleich. In wieweit in diesem Falle die Wandelung nach römischem Rechte statthaft ist, darüber geben Eck's eingehende Untersuchungen[3]) Aufschluß und möge hier nur zusammenfassend darauf hingewiesen werden, daß bei Möglichkeit der Rückgewähr der, wenn auch belasteten Sache die Redhibition statthaft bleibt; bei Unmöglichkeit der Rückgewähr ist die Redhibition dann zulässig, wenn die Besitzaufgabe in Unkenntnis des Mangels erfolgte und auch bei Veräußerung in Kenntnis des Mangels geht die Redhibition nur dann verloren, wenn die Veräußerung geschehen ist in rechtswidriger (d. h. der Aufbewahrungspflicht des Käufers zuwiderlaufender) Weise.

Wie im römischen Recht die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter nicht nach den für die physische Verschlechterung geltenden Grundsätzen behandelt werden darf, so ist auch für das B. G. B. davon auszugehen, daß die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter nicht unter den § 351 fällt, daß dieser Paragraph die Verschlechterung der Kaufsache im juristischen Sinne nicht mit umfaßt, denn für den Fall, daß der Käufer eine rechtliche Verfügung über die Kaufsache vorgenommen hat, ist in § 353 eine besondere Regelung getroffen: nur wenn der Dritte den zurückzugewährenden Gegenstand erlangt hat und bei ihm die Voraussetzungen der §§ 351, 352 vorliegen, soll nach positiver gesetzlicher Bestimmung die Wandelung ausgeschlossen sein.

---

[1]) S. 12. [2]) S. 169. [3]) S. 175 ff.

Hieraus folgt, daß Veräußerung und Belastung der Sache mit Rechten Dritter an sich dem Käufer die Wandelungsberechtigung nicht schlechthin nehmen, daß die betreffenden Verfügungen nicht schon dann die Wandelung ausschließen, wenn sie den Tatbestand des § 351 erfüllen, sondern nur dann, wenn die Spezialbestimmungen des § 353 zutreffen.

Dies hat seinen inneren Grund darin, daß die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter noch keine objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr in sich schließt, da ja die Belastung möglicherweise noch beseitigt und somit vollständige Rückgewähr erfolgen kann, während in den Fällen der §§ 351, 352 objektive Unmöglichkeit der Rückgewähr vorliegt. Auch die Entstehungsgeschichte der §§ 351 u. 353 läßt darauf schließen, daß die Belastung mit Rechten Dritter nicht unter § 351 fällt. Denn § 430 des Entwurfes behandelte in Ziffer 1 die Verschlechterung und den Untergang der Kaufsache, während in Ziffer 2 die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter als Ausschlußgrund des Rücktrittsrechtes angeführt wurde. Daraus dürfte folgen, daß der lediglich aus Ziffer 1 hervorgegangene § 351 die Belastung mit Rechten Dritter nicht umfaßt; daß diese vielmehr in dem aus Ziffer 2 hervorgegangenen § 353 ihre Regelung gefunden hat, wonach die Möglichkeit der Rückgabe des Gegenstandes nicht für den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung, sondern nur für den der Realisierung des Rücktrittrechtes in Betracht kommt. Wollte man[1]) unter Verschlechterung im Sinne des § 351 auch die Belastung des Vertragsgegenstandes mit dinglichen Rechten Dritter und somit etwa unter einer erheblichen Belastung eine wesentliche Verschlechterung[2]) verstehen oder gar jede Belastung für eine wesentliche Verschlechterung ansehen,[3]) so würde man dem Käufer das Wandelungsrecht in einer Reihe von Fällen entziehen, in denen es ihm der Gesetzgeber, der ja nur in den Fällen des § 353 die Wandelung ausschließen wollte, belassen hat.

Dadurch, daß bei Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter, soweit nicht § 353 Platz greift, die Wandelung für zulässig zu erachten ist, wird der Verkäufer in keiner Weise schutzlos gestellt, denn in diesem Fall kann er seine Rechte nach § 354 zur Geltung bringen, worauf unten noch des näheren einzugehen ist.[4])

b. Der Begriff des Verschuldens.

Da nach römischem Recht die actio redhibitoria statthaft ist sogar wenn der Käufer schuldhaft die Kaufsache vernichtet oder verschlechtert hat, ist die Feststellung, ob im einzelnen Fall ein Verschulden vorliegt, für die Zulässigkeit der actio redhibitoria an sich ohne Bedeutung. Ob eine Vernichtung oder Verschlechterung durch den Käufer verschuldet ist, erscheint für das römische Recht insofern wichtig, als beim Vorliegen eines Verschuldens der Käufer Ersatz zu leisten hat, bezw. verbunden ist, sich die Wertminderung der verschlechterten oder zerstörten Sache vom Kaufpreis abziehen zu lassen. Kann aber hier von Verschulden des Käufers gesprochen werden, da er ja doch in der Regel Eigentümer der Sache ist und mit seiner eigenen Sache

[1]) So Conze S. 51. [2]) Conze S. 51. [3]) Schollmeyer § 351. 2a.
[4]) 2. Abschnitt 1. Kapitel; b.

verfahren kann wie ihm beliebt? Für gewöhnlich gebrauchen die Quellen die Begriffe dolus und culpa — wie das B. G. B. — nur dann „wenn das Verhalten eines Menschen in Beziehung auf eine fremde Angelegenheit gekennzeichnet werden soll,“[1]) wenn objektive und subjektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens zusammentreffen. Jedoch wie verschiedene Beispiele der Quellen zeigen, ist das Verschulden in Bezug auf die zurückzugewährende Sache in einem weiteren Sinn als gewöhnlich aufzufassen. So spricht l 31, § 12, D 21,1 von culpa, weil der Käufer bei Krankheit des Sklaven einen schlechten Arzt beigezogen hat. Über dieses Verschulden im weiteren Sinn ist unten in Bezug auf das geltende Recht noch des Näheren zu handeln.

Für das römische Recht kommt das Verschulden nur bei der Frage der Ersatzpflicht, nicht aber bei der Frage der Zulässigkeit der Wandelung an sich in Betracht. Erheblich anders wird vom B. G. B. das Verschulden in Bezug auf Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache verwertet. Zwar ist auch hier das Verschulden des Käufers für die Ersatzpflicht von Bedeutung (§ 347), aber in erster Linie muß beim Vorliegen eines Verschuldens gefragt werden, ob überhaupt noch Wandelung möglich ist, bevor die weitere Frage der Ersatzpflicht aufgeworfen werden kann.

Eine Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache schließt nämlich nach B. G. B. die Wandelung aus, wenn der Käufer sie verschuldet hat. Im Allgemeinen gehört zum Begriff des Verschuldens, daß der Handelnde die Vorstellung von dem Wirken der von ihm gesetzten Bedingungen seines Tuns hat (Vorsatz) oder bei Aufwendung pflichtgemäßer Sorgfalt haben könnte (Fahrlässigkeit). Dies Vorstellungsmoment muß sich auf die objektive Rechtswidrigkeit beziehen, also auf die spezielle reprobierte Verletzung eines relativen Rechtes.[2]) Nur in Bezug auf einen objektiv rechtswidrigen Erfolg kann man von einem Verschulden reden.

Führt nun der Käufer, der doch mit der Uebergabe der Kaufsache Eigentümer geworden ist, einen objektiv rechtswidrigen Erfolg herbei, wenn er auf die Kaufsache schädigend einwirkt, wo zudem eine Rückgewährungspflicht vor Vollzug der Wandelung noch nicht besteht? Faßt man zunächst lediglich das Rücktrittsrecht ins Auge, so ließe sich vielleicht ein Verschulden des Käufers mit Bezug auf eine von ihm herbeigeführte Vernichtung u. s. w. in der Weise denken, daß die durch die Rücktrittserklärung in Existenz tretende Rückgewährungspflicht als suspensiv bedingte bereits in dem Augenblick entstehe, wo die Parteien einander die im Vertrag ausbedungenen Leistungen bewirken[3]) und daß das Gesetz mit Rücksicht darauf, daß jeder Kontrahent „von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen muß, daß er infolge Rücktritts verpflichtet wird die empfangene Leistung zurückzugewähren“[4]) dem Käufer eine Verwahrungspflicht auferlegt, deren Verletzung sich als Verschulden darstellt. Trotzdem machen sich gewichtige Bedenken dagegen geltend, das Verschulden gemäß § 351 in dem eingangs erwähnten technischen Sinn aufzufassen.[5]) Auch § 353 spricht dagegen, daß das Verschulden in § 351 mit Rücksicht auf eine Verwahrungspflicht des Käufers im technischen Sinne aufzufassen sei. Denn der Rücktritt soll nach § 353 auch dann ausgeschlossen

[1]) Conze S. 15. [2]) Crome I. S. 482. 473. [3]) Titze S. 165. Rehbein II. S. 250.
[4]) Denkschr. S. 79. [5]) Oertmann § 351.

sein, wenn ein Dritter an den Käufer die Sache weiter veräußert hat, die Vernichtung u. s. w. verschuldet hat. Daß diesem Dritten keine suspensiv bedingte Rückgewährungspflicht und keine Verwahrungspflicht obliegen kann, liegt auf der Hand; sein Verschulden kann kein Verschulden im technischen Sinne sein. Und doch ist sein Verschulden gerade das in § 351 normierte. Es ist nicht abzusehen, warum der Begriff des Verschuldens verschieden sein soll, je nachdem § 351 schlechthin mit Bezug auf den Käufer, oder gemäß § 353 der auf § 351 verweist, mit Bezug auf den Dritten angewendet werden soll.

Ist es somit schon für das Rücktrittsrecht fraglich, ob man den Begriff des Verschuldens im technischen Sinne fassen darf, so erscheint dies bei entsprechender Anwendung des § 351 auf das Wandelungsrecht direkt ausgeschlossen. Mag man für den rücktrittberechtigten Käufer vom Empfang der Leistung an eine suspensiv bedingte Rückgewährungspflicht und eine daraus folgende Verwahrungspflicht annehmen, so kann m. E. für das Wandelungsrecht nicht entsprechend das Bestehen einer bedingten Rückgewährungspflicht vom Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache oder auch nur vom Zeitpunkt der Kenntnis des Mangels an und damit eine Verwahrungspflicht des Käufers in Frage kommen. Daß der Gesetzgeber dem Käufer, der sich im konkreten Fall ausdrücklich ein Rücktrittsrecht ausbedungen hat, unter Androhung des Verlustes dieses Rechtes eine Verwahrungspflicht auferlegt, mag vielleicht nicht unbillig erscheinen, aber widersinnig wäre es,[1]) dem Käufer, solang er von dem Mangel und somit von einer Rückgewährungspflicht nichts weiß, lediglich wegen der abstrakten Möglichkeit, daß sich vielleicht ein Mangel zeigen könnte, eine Verwahrungspflicht aufzuerlegen. Wollte man den Begriff des Verschuldens in § 351 in Anwendung auf das Wandelungsrecht im technischen Sinne fassen, so würde dies zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Selbstverständlich kann schon beim Rücktrittsrecht dem Käufer eine Verwahrungspflicht, deren Verletzung die in §§ 347 und 351 ausgesprochenen Folgen hat, nicht durchweg vom Empfang der Leistung an obliegen, wie zwar wörtlich aus § 347 zu folgern wäre; vielmehr tritt in den Fällen, wo das Rücktrittrecht erst nach der Uebergabe zur Entstehung gelangt, naturgemäß die durch das suspensiv bedingte Rücktrittsrecht geforderte Verwahrungspflicht auch erst mit dem Zeitpunkt der Kenntnis des Rücktrittberechtigten von dem Rücktrittsrecht in Kraft. In Anwendung auf den Kauf würde sich somit ergeben, daß nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis des Mangels und des durch denselben bedingten Wandelungsrechtes eine schuldhafte Beschädigung der Kaufsache durch den Käufer möglich wäre. Jede, auch die mutwilligste Beschädigung vor Kenntnis oder unverschuldeter Nichtkenntnis des Mangels würde das Wandelungsrecht nicht auszuschließen vermögen.

Hieraus geht hervor, daß der Begriff des Verschuldens in § 351 wenigstens soweit es sich um entsprechende Anwendung dieser Norm auf das Wandelungsrecht handelt, nicht in dem eingangs erwähnten technischen Sinn, sondern vielmehr im Sinn „jeder freien, imputablen, nicht durch die Verhältnisse gebotenen oder gestatteten Handlung“[2]) verstanden werden muß.

---

[1]) Oertmann § 467 Nr. 1c. [2]) Oertmann § 351.

Daß dieser weitgehende, untechnische Verschuldensbegriff dem B. G. B. nicht fremd ist, hat Weyl[1]) eingehend nachgewiesen. Der Begriff des Verschuldens ist in § 351 somit mehr im volkstümlichen Sinn von „schuld sein an etwas" zu verstehen; jedoch ist damit das Wort „verschuldet" nicht etwa vollständig aus § 351 beseitigt und § 351 nicht etwa so zu verstehen als ob es hieße: „Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung u. s. w. verursacht hat", denn auch der Begriff des Verschuldens im weiteren, untechnischen Sinn schließt ein „mißbilligendes Werturteil"[2]) über die Handlung des Rücktrittberechtigten in sich.

Somit ist die Wandelung stets ausgeschlossen, wenn der Käufer auf die Kaufsache in einer Weise eingewirkt hat, die den Regeln einer vernünftigen und ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung widerspricht,[3]) so vor allem, wenn er die Sache mutwillig beschädigt oder zerstört hat, wenn er die im Verkehr übliche Sorgfalt bei Behandlung der Sache außer Acht gelassen hat. Derartige unwirtschaftliche Handlungen bewirken den Verlust des Wandelungsrechtes, gleichgiltig, ob der Käufer von seinem Wandelungsrecht Kenntnis hatte oder nicht, denn es sind Handlungen bei denen ein Verschulden im weitern Sinn vorliegt. Dieses Ergebnis entspricht auch einer gerechten Abwägung der beiderseitigen Interessen.

Dagegen lassen wirtschaftlich gerechtfertigte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache meist das Wandelungsrecht bestehen. So stets wenn sie vorgenommen wurden, ohne daß der Käufer Kenntnis von seinem Wandelungsrecht hatte, denn in diesem Zeitpunkt kann der Käufer nicht schuldhaft (auch im weiteren, untechnischen Sinn) handeln, wenn er mit der Sache so verfährt, wie es sich gehört. Aber auch eine in Kenntnis des Wandelungsrechtes betätigte Vernichtung u. s. w. beseitigt dann das Wandelungsrecht nicht, wenn sie durch die Verhältnisse geboten ist, wenn der Berechtigte sie als „guter Hausvater" vorgenommen hat. Eine Vernichtung u. s. w. ist nicht zu mißbilligen, wenn sie trotz oder vielleicht gerade wegen des Mangels zweckmäßig oder notwendig erschien. Hier wäre im Gegenteil die Untätigkeit des Käufers zu mißbilligen; z. B. der Käufer tötet den tollwütigen Hund oder beseitigt einen Teil des faulen Obstes, um den Rest zu erhalten oder er konsumiert eine leicht verderbliche Ware, um deren Verderb zu verhindern. In solchen Fällen ist die Verfügung über die Kaufsache keine schuldhafte und beraubt den Käufer nicht seines Wandelungsrechtes.[4]) Aber auch wenn der Käufer im eigenen Interesse die Vernichtung oder Verschlechterung der Sache bewirkt hat — gleichgiltig ob mit oder ohne Kenntnis des Wandelungsrechtes — so ist sie dann keine schuldhafte, wenn er sie vornehmen mußte, um sich selbst vor Schaden zu bewahren. Ist die Verfügung über die Sache in dieser Weise eine durch die Verhältnisse gestattete, so verstößt es keineswegs gegen Treu und Glauben hernach noch Wandelung zu verlangen. Eine solche durch die Verhältnisse gestattete Verfügung liegt z. B. vor, wenn der Käufer die fehlerhafte Sache deswegen verbraucht hat, weil es ihm unmöglich gewesen wäre, momentan sich anderweitig eine fehlerfreie

---

[1]) „System der Verschuldensbegriffe". [2]) Zitelmann S. 151. [3]) Oertmann § 351 Nr. 1.

[4]) Eine derartige im Interesse des Verkäufers herbeigeführte Vernichtung u. s. w. ist als Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen.

zu verschaffen und ein längeres Zuwarten nicht angängig war. War die Verfügung aber weder eine durch die Verhältnisse gebotene noch eine nach den Umständen des Falles gestattete, so schließt sie das Wandelungsrecht aus, wenn sie in Kenntnis des Mangels vorgenommen wurde, mag sie auch an sich den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung entsprechen: denn entweder unterstellt man dem Käufer eine redliche Gesinnung, dann wollte er durch eine solche spontane Verfügung seinen Willen bekunden, daß er trotz Kenntnis des Mangels beim Vertrag bleiben wolle — es liegt Verzicht auf das Wandelungsrecht vor — oder der Käufer wollte keinen Verzichtswillen betätigen, dann ist die Vernichtung oder Beschädigung auch der eigenen Sache, von welcher der Käufer weiß, daß er sie nach erfolgter Wandelung zurückgeben muß, vom Standpunkt der allgemeinen Verkehrsauffassung aus zu mißbilligen, da sie gegen Treu und Glauben verstößt; sie ist eine schuldhafte (im weiteren Sinn).

4. Kapitel:

Die Vernichtung oder Verschlechterung durch Verschulden Dritter.

Schon nach römischem Recht hat der Käufer, welcher die actio redhibitoria anstellt, für den Schaden einzustehen, den seine familia oder sein procurator der Kaufsache zugefügt hat (l. 25 § 1—4, § 7 D. 21.1.). Hiebei ist es dem Käufer nicht wie sonst gestattet, sich durch noxæ deditio des schuldigen Sklaven zu befreien. Nur in einem Falle kann sich nach l. 25 § 4 D. 21.1 der Käufer befreien, nämlich wenn der Sache beim Verkäufer derselbe Schaden zugestoßen sein würde; handelt es sich hiebei um einen schuldigen Sklaven so konnte sich der Käufer durch noxæ deditio, handelte es sich um einen procurator so konnte er sich durch Zession der Klage gegen ihn befreien.

Ebenso wie nach römischem, hat auch nach geltendem bürgerlichen Recht der Käufer für Handlungen seiner Leute einzustehen; wie das Verschulden des Käufers selbst, so schließt auch das seines gesetzlichen Vertreters oder einer Hilfsperson die Wandelung aus. Endemann[1]) hält diese Erwähnung in § 351 für überflüssig, da der Grundsatz des § 278 ohnehin auf den Käufer, der wandeln will, angewendet werden müßte. Dem ist entgegenzuhalten,[2]) daß es trotz § 278 nicht überflüssig war, die betreffende Bestimmung in § 351 aufzunehmen, weil in jener allgemeinen Vorschrift nur gesagt ist, daß man für Verschulden der Hilfspersonen dann haftet, wenn es sich um Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten handelt, wenn also ein Vertragsverhältnis bereits besteht. Eine Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung der Käufer sich eines Dritten bedienen könnte, besteht aber vor dem Vollzug der Wandelung gar nicht, da ja in diesem Zeitpunkt der Käufer nicht Schuldner des Verkäufers ist. Auf die Zeit aber, wo für den Käufer durch den Vollzug der Wandelung eine solche Verbindlichkeit ins Leben getreten ist, bezieht sich § 351 nicht. Um nun keinen Zweifel darüber aufkommen zu lassen,

[1]) I. Bd. S. 853. Anm. 38. [2]) Schollmeyer § 351.

daß § 278 analoge Anwendung auf die Zeit *vor* der Wandelung zu finden hat, war es angebracht, dies in § 351 besonders hervorzuheben. Sehr wertvoll ist aber die Verweisung auf § 278 deshalb, weil dadurch der Kreis derjenigen Personen, für die der Käufer einzustehen hat, abgegrenzt ist.[1]) Es sind hierunter jene Personen zu verstehen, deren sich der Käufer zur wirtschaftlichen Behandlung der Sache bedient.

Was nun das Verschulden dieser dritten Personen bei Behandlung der Sache angeht, so wäre hier allerdings ein Verschulden im technischen Sinn denkbar, da sie dem Käufer gegenüber, sei es nach besonderer Vereinbarung, sei es auf Grund eines bestehenden Rechtsverhältnisses, zur ordnungsmäßigen Behandlung obligatorisch verpflichtet sind. Wenn nun der Dritte eine Einwirkung auf die Sache vornehmen würde, die zwar keine Verletzung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegen den Käufer in sich birgt, aber doch als schuldhaft im weiteren Sinn sich darstellt, bliebe dem Käufer das Wandelungsrecht erhalten; dies wäre widersinnig, da sich der Käufer doch durch Übergabe der Sache an einen Dritten nicht in weiterem Umfang seinen Wandelungsanspruch erhalten kann, als er ihn sonst hat. Auf den Grad des Verschuldens, den der Käufer dem Verkäufer zu vertreten hat, kann seinem Verhältnis zu dem Dritten kein Einfluß beigemessen werden. Zudem ist es nicht wohl anzunehmen, daß das Gesetz in einem Satz das Wort Verschulden in verschiedenem Sinne gebraucht. Dieses Verschulden eines Dritten bei Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache steht dem des Berechtigten völlig gleich, es ist auch im untechnischen Sinne aufzufassen. Somit liegt ein Verschulden der dritten Person vor, wenn sie Handlungen vornimmt, die dem Käufer zum Verschulden zuzurechnen wären, wenn er selbst sie vorgenommen hätte.

Weiterhin schließt Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache das Wandelungsrecht des Käufers dann aus, wenn bei einem Dritten, der die Kaufsache oder einen erheblichen Teil derselben durch Verfügung des Käufers erlangt hat, der Untergang oder die wesentliche Verschlechterung infolge Verschuldens dieses Dritten oder seiner wirtschaftlichen Gehilfen eingetreten ist. Daß auch in diesem Fall Verschulden im untechnischen Sinn zu fassen ist, erhellt daraus, daß der Dritte und der Verkäufer in keinerlei Rechtsbeziehung stehen, sowie daß der Dritte auch Eigentümer der Sache geworden sein kann, was ein Verschulden im technischen Sinn auch gegenüber dem Käufer ausschließt.

---

[1]) Oertmann § 367, Nr. 1c.

5. Kapitel.

Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache infolge Umgestaltung.

In der Umgestaltung der Kaufsache kann man eine Vernichtung derselben erblicken, insoferne sie bewirkt, daß die Sache ihrem ursprünglichen Zwecke überhaupt nicht mehr zu dienen vermag. Dieser Gedanke findet auch schon in den Motiven seinen Ausdruck, wo es heißt, die Spezifikation sei sei dem Untergang der Sache an sich gleichzustellen.[1]) Welche Veränderung der Sache eine Spezifikation darstellt, ist eine nach der Verkehrsauffassung zu beantwortende Tatfrage. Liegt aber Spezifikation vor, so sind wir nicht darauf angewiesen im einzelnen Fall zu prüfen, ob eine hierin liegende Vernichtung auf ein Verschulden zurückzuführen ist, denn für den Fall der Umgestaltung trifft das B. G. B. in §§ 352 mit 467 eine Sonderregelung; die Wandelung ist ohne Rücksicht auf irgend ein Verschulden ausgeschlossen, wenn der Käufer die Sache umgestaltet hat.

In sinngemäßer Anwendung des dem § 351 zu Grunde liegenden Gedankens ist auch die Umarbeitung eines wesentlichen Teiles zum Ausschluß des Wandelungsrechtes für genügend zu erachten.[2])

Das Wandelungsrecht des Käufers bleibt aber trotz der Umgestaltung bestehen, wenn sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat, sowie wenn er sich erst *nach* der Umgestaltung gezeigt hat.[3]) Durch diese Bestimmung (§ 467 B. G. B. 1. Satz 2. Halbsatz) wird eine gewisse Härte, die sonst in der analogen Anwendung des § 352 auf alle Fälle des Wandelungsrechtes liegen würde, gemildert. Daß das *Rücktrittsrecht* verloren geht, wenn der Käufer die Sache umgestaltet, erscheint deshalb nicht unbillig, weil ja der Käufer, der sich das Rücktrittsrecht ausbedungen hat, *wissen muß*, daß er sich durch die Umgestaltung der Sache außer stand setzt, das Empfangene zurückzuerstatten. Ebenso ist es billig, daß der Käufer durch die in *Kenntnis* des Mangels vorgenommene Umgestaltung sein Wandelungsrecht verliert, denn durch die Umgestaltung hat er ja möglicherweise die Sache für den Verkäufer völlig unbrauchbar gemacht. Diese den Interessen des Verkäufers Rechnung tragenden Erwägungen treffen aber nicht zu, wenn der Käufer gerade erst durch die Umgestaltung den Fehler entdeckt; hier ist es vielmehr ein Gebot der Billigkeit, daß er nicht zugleich durch dieselbe Tätigkeit, die ihm Kenntnis von dem Wandelungsrecht verschafft, dieses auch verliert.[4])

Was das sich „Zeigen" des Mangels anlangt, so ist dies nicht im rein objektiven Sinn aufzufassen, wonach die Wandelung schon ausgeschlossen wäre, wenn nur irgendwie der Mangel schon vor der Umgestaltung in die äußere Erscheinung getreten war, gleichgiltig ob der Käufer den Mangel kannte, oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt kennen mußte, sondern es ist mit Conze[5]) darauf abzustellen, ob der Käufer bei gehöriger Sorgfalt den Mangel schon vor der Umgestaltung hätte entdecken können.

[1]) 2. Seite 231. [2]) Oertmann § 352 Nr. 2; Schollmeyer § 352 Nr. 1.
[3]) Dernburg II § 186, II. 3. [4]) Kaufmann S. 49. [5]) S. 64.

Dies folgt auch aus dem Ausdruck „sich zeigen"; was nur bei besonderer Kenntnis oder unter Aufwendung einer nicht zuzumutenden Sorgfalt entdeckt werden kann, das „zeigt" sich nicht.

Die Umgestaltung durch den gesetzlichen Vertreter oder Gehilfen des Käufers fällt nicht wörtlich unter § 352. Den Ausführungen Schollmeyers[1]) gegenüber, wonach die Umgestaltung durch diese Personen jener durch den Käufer gleichzustellen sei, weist Oertmann[2]) treffend darauf hin, daß § 352 eine solche Verschärfung des Prinzips enthält, daß analoge Anwendung des weniger scharfen § 351 nicht statthaft erscheint. Es muß also, da eine extensive Interpretation der exzeptionellen Norm des § 352 ausgeschlossen ist, in jedem Fall untersucht werden, ob die durch die Hilfspersonen herbeigeführte Umgestaltung sich als schuldhafte Vernichtung im Sinne des § 351 qualifiziert.

Im römischen Recht kam es bei der Frage der Spezifikation darauf an, ob die Sache in die frühere Gestalt zurückgeführt werden kann. Ist Rückgestaltung möglich, so kann sich der Käufer nicht darauf berufen, daß ihm die Redhibition in natura unmöglich sei. Verlangt der Verkäufer die Rückgestaltung, so hat sie der Käufer auch vorzunehmen und zwar auf seine Kosten.[3]) Allerdings wird durch die Unmöglichkeit der Rückerstattung der Kaufsache die Redhibition nicht ausgeschlossen, aber in dem Falle der Spezifikation, in welchem Rückgestaltung objektiv möglich ist, handelt es sich um keine Unmöglichkeit der Rückgewähr in natura. Leistet daher der Käufer die Sache nicht in natura zurück, obwohl die Rückgestaltung möglich ist, so ist ihm die actio redhibitoria zu versagen. l 43 § 8 D 21,1 ist für den Fall, daß die Kaufsache zu einer neuen Sache umgestaltet wurde, entsprechend anzuwenden.

Ist eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich, so ist die Sache als solche untergegangen. Auf diesen Fall finden dieselben Grundsätze Anwendung wie bei Vernichtung der Sache; der Käufer kann gegen entsprechenden Ersatz redhibieren.

6. Kapitel.

Die Giltigkeit eines trotz entgegenstehender Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache abgeschlossenen Wandelungsvertrages.

Ist ein Wandelungsvertrag, der abgeschlossen wurde, trotzdem ein Ausschlußgrund des Wandelungsrechtes entgegenstand, nichtig oder nur anfechtbar? Eine mechanische Anwendung der Rücktrittsregeln würde für die Nichtigkeit eines solchen Wandelungsvertrages sprechen. Denn nach den Ausführungen Cromes[4]) ist aus dem Wortlaut des § 351 zu folgern, daß in diesen Fällen ein Rücktritt nicht erfolgen kann und wenn er dennoch erklärt

[1]) § 352 Nr. 2. [2]) § 352 Nr. 3. [3]) Kaufmann S. 48.
[4]) II. S. 202 mit I S. 347.

wird, ungiltig ist. Diese Regelung ist durchaus der Natur des Rücktrittrechtes als einer einseitigen Willenserklärung entsprechend; das Rücktrittsrecht ist eine Befugnis; eine Befugnis, die ich nicht habe, kann ich auch nicht wirksam geltend machen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der Wandelung; das Recht auf Wandelung ist ein Anspruch, die Wandelung selbst kommt nicht schon durch die Erklärung des Käufers wandeln zu wollen zustande; dies ist nur ein Wandelungsantrag, der für den Verkäufer unbeachtlich ist, sofern ein Ausschlußgrund für die Wandelung vorliegt. Verlangt der Käufer Wandelung, obgleich ihm dieser Anspruch nicht zusteht und erfüllt der Verkäufer diesen Anspruch durch seine Einverständniserklärung mit der Wandelung, obgleich er hiezu nicht verpflichtet ist, so liegt seinerseits ein Verzicht auf die ihm gemäß §§ 351—353 zustehenden Einwendungen vor, sofern er in Kenntnis der eingetretenen Vernichtung u. s. w. zustimmt. Auch der Umstand, daß ein derartiger Wandelungsvertrag auf eine wenigstens zum Teil unmögliche Leistung sich richtet, steht seiner Giltigkeit nicht im Weg, da die allgemeinen Vertragsnormen auf den Wandelungsvertrag keine Anwendung finden.[1]) Stimmt der Verkäufer aber in Unkenntnis der Vernichtung u. s. w. dem Wandelungsvertrag zu, so liegen für ihn die Voraussetzungen für eine Anfechtung dieses Vertrages vor. Denn mit dem Wandelungsvertrag hat er implicite auf die Einwendungen aus § 351—353 verzichtet, eine Erklärung dieses Inhalts wollte er aber nicht abgeben. Ob der Verkäufer die ihm zustehende Anfechtungsbefugnis gebrauchen will, bleibt ihm überlassen: ebenso wie er auf diese Einwendungen des § 351—353 vor der Zustimmung zur Wandelung verzichten konnte, so kann er dies auch nachher, indem er von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht.

7. Kapitel:

Fälle in denen die Wandelung trotz Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache statthaft ist; insbesondere die zufällige Vernichtung oder Verschlechterung.

Wie schon oben betont wurde, läßt das römische Recht trotz Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache die actio redhibitoria zu, allerdings soweit ein Verschulden des Käufers in Betracht kommt, nur gegen entsprechenden Ersatz. Erheblich enger ist der Rahmen gesteckt, innerhalb dessen nach geltendem bürgerlichem Rechte die Wandelung bei Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache möglich ist.

Aus § 351 B. G. B. ergibt sich, daß die Verschlechterung der Kaufsache, auch wenn sie durch den Käufer verschuldet ist, das Wandelungsrecht dann unberührt läßt, wenn sie keine wesentliche ist.

[1]) Oertmann § 467 Nr. 1.

Weiterhin folgt aus §§ 467 mit 350 B. G. B. daß der Käufer die Zustimmungserklärung des Verkäufers zum Abschluß des Wandelungsvertrages stets dann verlangen kann, wenn die Kaufsache durch Zufall untergegangen ist. Dieser Grundsatz, daß zufälliger Untergang die Wandelung nicht ausschließt und den Käufer sogar von seiner Rückerstattungspflicht befreit, war schon im römischen Recht zur Anerkennung gelangt; „mortuus redhibetur." (l 31 § 6; l 38 § 3; l 47 § 1 D. 21.1).

Diese ins B. G. B. übergegangene Regelung steht im Widerspruch zu dem die Wandelung im Allgemeinen beherrschenden Prinzip, daß sie die Wirkung haben solle, daß die Parteien „unter einander so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre".[1]) Denn daß auch den Verkäufer der betreffende Zufall betroffen hätte, kann wohl nicht generell behauptet werden; in vielen Fällen wird man wohl im Gegenteil sagen können, wenn die Sache nicht in den Gewahrsam des Käufers gekommen wäre, wäre sie nicht zu Grunde gegangen. Richtig ist nur, daß irgend ein Zufall auch den Verkäufer hätte treffen können. Die Bestimmung des § 350 kann in manchen Fällen zu einer ungerechten Härte gegen den Verkäufer führen[2]); auch dann widerspricht sie ganz besonders der Billigkeit, wenn man sagen muß, daß die Sache, wenn sie mangelfrei gewesen wäre ebenso untergegangen wäre. Allerdings rechtfertigt sich die Bestimmung des § 350 vom legislatorischen Standpunkte aus insofern, als sie die im einzelnen Falle nicht selten unlösbare Frage, ob der Untergang beim Verkäufer auch eingetreten wäre, einfach abschneidet.

Wenn nun sogar zufälliger Untergang das Wandelungsrecht bestehen läßt, so muß dies umsomehr von einem zufälligen teilweisen Untergang oder einer zufälligen Verschlechterung gelten, zwei Möglichkeiten, die zwar nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt sind, aber zweifellos in diesem Sinne zu behandeln sind, zumal auch das römische Recht, dessen Regelung für § 350 in diesem Punkte vorbildlich war, die zufällige Verschlechterung dem zufälligen Untergang gleichgestellt hat.

Das B. G. B. regelt in § 350 lediglich die Wirkungen eines zufälligen Unterganges; den Begriff des „Zufalles" hat es weder hier noch an anderer Stelle definiert. In § 275 ist der Ausdruck „Zufall" durch „Umstände die der Schuldner nicht zu vertreten hat" umschrieben; ähnlich in § 323. Diese rein negative Fassung hat zur Folge, daß eine Entscheidung darüber, ob ein konkretes Ereignis zufällig ist, nicht vom absoluten Standpunkt aus, sondern nur unter Bezugnahme auf das einzelne Rechtsverhältnis getroffen werden kann. Diese relative Auffassung des Zufallbegriffes entspricht durchaus dem Wesen der Schuldverhältnisse, bei denen es sich stets um die Verbindlichkeit einer bestimmten einzelnen Person handelt, deren Verantwortlichkeit sich nur nach ihren besonderen Beziehungen zu bestimmten Ereignissen richten kann. Die Frage, ob eine Tatsache eine zufällige ist oder nicht, entscheidet sich nicht nach ihrer objektiven Beschaffenheit, sondern nach ihrer Beziehung zu einem einzelnen Subjekt, nämlich dem Verpflichteten.[3]) Für den Schuldner ist demnach Zufall jedes schädigende

[1]) Motive II. S. 280. [2]) Motive II. S. 231. [3]) Kisch S. 37.

Ereignis, das nicht in den Umfang der erforderlichen Sorgfalt fällt.[1]) Auf den Fall der Wandelung angewandt, muß daher zur Beantwortung der Frage, welchen Grad der Sorgfalt der durch die Wandelung selbst erst zum Schuldner gewordene Käufer zu vertreten hat, wiederum auf § 351 und den dort gebrauchten Verschuldensbegriff im untechnischen Sinn zurückgekommen werden. Nur insoweit die durch den Käufer verursachte Vernichtung oder wesentliche Verschlechterung auch nicht auf ein Verschulden im weiteren Sinn zurückzuführen ist, erscheint sie als zufällige und läßt das Wandelungsrecht bei Bestand. Jedoch die Prüfung, ob die Verschlechterung eine zufällige oder verschuldete im Sinne des § 351 sei, braucht nur bei der wesentlichen gemacht zu werden: bei der unwesentlichen ist es für die Frage der Wandelungsmöglichkeit gleichgiltig, ob sie verschuldet oder unverschuldet ist, ob sonach die Zulässigkeit der Wandelung positiv aus § 350 oder durch Umkehrschluß aus § 351 abzuleiten ist.

Ein Verschulden des Käufers in Bezug auf den Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache ist vor allem da ausgeschlossen, wo die Sache durch höhere Gewalt oder infolge eines Umstandes vernichtet oder beschädigt ist, der durch niemand verschuldet ist, so insbesondere wenn die Sache infolge des Mangels selbst untergegangen oder verschlechtert ist, sowie bei Verschulden eines Dritten, das der Käufer nicht zu vertreten hat. Desgleichen ist Wandelung möglich, wenn es der Verkäufer war, der den Untergang u. s. w. verschuldet hat, denn die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit erscheint für den Schuldner als zufällige.[2])

2. Abschnitt: Die Einwirkung einer Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Recht des Käufers aus des Wandelung.

Vorbemerkung.

Im Gegensatz zum B. G. B., wonach unter Wandelung der auf Aufhebung des Kaufes durch mutuus dissensus gerichtete Vertrag zu verstehen ist und wonach durch die Wandelung erst eine obligatorische Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr geschaffen wird, ging die römische actio redhibitoria direkt auf die tatsächliche Durchführung der Redhibition. Der beklagte Verkäufer war zur Rückgabe des Kaufgeldes, der klagende Käufer zur Redhibition der Sache verpflichtet. Beide Verpflichtungen wurden zunächst im arbitrium judicis ausgesprochen. Erst wenn der Käufer seiner Verpflichtung, sei es reell, sei es durch Kaution, genügt hatte und trotzdem den Kaufpreis nicht zurückerstattet erhielt, wurde der Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufgeldes verurteilt.[3]) Auch dann, wenn außergerichtlich gewandelt wurde, mußte die Anerkennung des vom Käufer gestellten Redhibitionsanspruches seitens des Verkäufers durch Rücknahme der Kaufsache erfolgen. Nur „si mancipium redhibitium fuerit“,[4]) stand dem Käufer eine actio in factum „ad pretium recuperandum“ zu. Daß das römische Recht einer bloß obligatorischen Wandelungsabrede die Wirkung versagt, spricht l. 31, § 18 D. 21,1 aus.

[1]) Endemann I. S. 646. [2]) Kisch S. 81. [3]) Eck S. 165. [4]) l. 31 § 17 D. 21,1

Da nach römischem Recht der Vollzug der Wandelung mit der Rückerstattung der Kaufsache zusammenfällt, ist es selbstverständlich, daß eine nach der Wandelung eintretende Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache auf das Wandelungsrecht selbst nicht mehr weiter von Einfluß sein kann.

Anders nach B. G. B.: Zwischen die tatsächliche Durchführung der Wandelung und das Wandelungsbegehren schiebt sich der Wandelungsvertrag. Es erheischt somit das B. G. B. eine gesonderte Betrachtung in der Richtung, ob eine Vernichtung u. s. w. *vor* oder *nach* der Wandelung erfolgt ist, sowie in der Richtung, ob und inwiefern eine *vor* der Wandelung eingetretene Vernichtung u. s. w. auf das Recht *aus* der Wandelung eine Wirkung äußert.

I. Kapitel.

Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache vor vollzogener Wandelung.

a. physische Vernichtung oder Verschlechterung.

Aus der vollzogenen Wandelung sind die Parteien obligatorisch verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Hatte noch keine Partei an die andere eine Leistung bewirkt, so ist bereits mit dem Vollzug der Wandelung das Erlöschen der diesbezüglichen beiderseitigen Verbindlichkeiten eingetreten. Ist aber bereits von einer oder von beiden Seiten geleistet worden, so ist die aus der Wandelung sich ergebende Rückgewährungspflicht nach den gleichen Normen zu beurteilen, wie die Rückgewährungspflicht aus einem erklärten Rücktritt. Es finden also auf das durch den Wandelungsvertrag neu entstandene Schuldverhältnis die Regeln der exceptio non adimpleti contractus Anwendung; bei Geltendmachung dieser Einrede kann nur eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erfolgen.

Da also die aus der Wandelung sich ergebenden Verbindlichkeiten Zug um Zug zu erfüllen sind und gemäß § 348 die Vorschriften der §§ 320, 322 entsprechende Anwendung finden sollen, kann der Verkäufer die Rückerstattung des Kaufpreises verweigern, bis der Käufer seiner Rückgewährungspflicht nachgekommen ist. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß der Verkäufer dieses Recht stets auch dann hat, wenn die Rückerstattung der Kaufsache nicht mehr möglich ist, denn die den § 320 für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung ergänzenden Vorschriften der §§ 323, 324, 325 sind in § 348 nicht erwähnt und dürfen nicht herangezogen werden. Inwieweit die Unmöglichkeit der Rückerstattung einen Einfluß auf das Wandelungsrecht hat, darf nur aus den Spezialbestimmungen des Rücktrittrechtes abgeleitet werden.

Eine vollständige oder teilweise Unmöglichkeit der Rückgewähr der Kaufsache liegt vor, wenn die Vernichtung oder Verschlechterung bereits vor Abschluß des Wandelungsvertrages eingetreten ist. Soweit aber diese Ereignisse einen giltigen Wandelungsvertrag überhaupt zustande kommen lassen, kann aus dem Grunde, weil die Rückerstattung unmöglich ist, nicht wieder der Wandelung ihre Wirkung nachträglich abgesprochen werden, sonst wäre

die Einschränkung des § 351 in der Richtung, daß nur eine wesentliche Verschlechterung die Wandelung ausschließt, sowie der ganze § 350 illusorisch. Was würde es dem Käufer nützen, wenn er bei zufälligem Untergang der Kaufsache, bei unwesentlicher verschuldeter Verschlechterung oder bei Umgestaltung der Sache, sofern erst hiebei der Mangel sich zeigt, zwar auf Abschluß eines Wandelungsvertrages dringen könnte, hiegegen die Rückerstattung seines gezahlten Kaufpreises nicht durchsetzen könnte, da er nicht leisten kann und daher auch der Verkäufer seine Leistung verweigern könnte und wenn er mit der ihm obliegenden Rückgewähr in Verzug gesetzt werden könnte, wodurch dann die Wandelung wieder ihre Wirksamkeit verlöre (§ 354)!

Vielmehr ist § 350 gerade für die Beurteilung der Abhängigkeit der Leistung von der Gegenleistung von besonderer Bedeutung. In den Fällen, in denen gemäß § 350 und per argumentum a contrario gemäß § 351, 352 mit 467 die Wandelung statthaft ist, kann der Käufer den Kaufpreis ohne Gegenleistung des hiefür seinerzeit Empfangenen zurückfordern und ist der Verkäufer nicht berechtigt die Einrede des § 320 auf solche Gründe zu stützen, bei deren Vorhandensein das Fortbestehen des Wandelungsanspruches im Gesetz ausdrücklich anerkannt ist. Denn daraus, daß das Gesetz dem Käufer trotz gänzlicher oder teilweiser Unmöglichkeit der Rückgabe das Recht einräumt, den Abschluß eines Wandelungsvertrages zu fordern, folgt, daß der Käufer in diesen Fällen, soweit die Unmöglichkeit reicht, von der Rückgewährungspflicht befreit ist. Ist die Sache ohne Verschulden des Käufers untergegangen oder verschlechtert, so ist der Käufer nur zum Ersatz nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet, d. h. bei Untergang der Sache braucht er gar nichts, bei Verschlechterung nur die verschlechterte Sache herauszugeben; etwaige Ersatzansprüche gegen Dritte hat er abzutreten. Der Käufer aber behält seinen Anspruch auf ungeschmälerte Rückerstattung des Kaufpreises.

b. Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter.

Wie bereits oben erörtert, schließt die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter die Wandelung nur dann aus, wenn in der Person dieser Dritten die Voraussetzungen der §§ 351, 352 eingetreten sind. Im übrigen bleibt sie statthaft. Jedoch der Erfüllung der aus der Wandelung für den Käufer sich ergebenden Verpflichtung, die Sache so zurückzugeben, wie er sie empfangen hat, kann die Belastung mit Rechten Dritter entgegenstehen.

In diesem Falle besteht für den Verkäufer die Möglichkeit, die Unwirksamkeit der Wandelung nachträglich wieder herbeizuführen, sofern er den Käufer in Verzug setzt und ihm eine Nachfrist stellt (§ 354 B. G. B.). In Verzug kann der Käufer nur kommen, wenn er die in der Belastung mit Rechten Dritter gelegene Verschlechterung der Kaufsache zu vertreten hat (§ 285 B. G. B.).[1]) Ein solcher vom Käufer zu vertretender Umstand liegt in der

[1]) Nicht in Verzug kommen, weil keine Vertretungspflicht besteht, kann der Käufer in den Fällen des § 350. In Verzug kommen kann der Käufer in den Fällen des § 351 soweit Wandlung trotz Verschlechterung (unwesentlicher) statthaft ist, sowie im Fall des § 352 wenn nur ein unerheblicher Teil umgestaltet ist. Dieser Verzug bewirkt aber, da er sich nur auf einen unerheblichen Teil bezieht, nicht Unwirksamwerden der Wandelung.

Regel in einer vor der Wandelung betätigten Belastung, denn diese bewirkt lediglich subjektives Unvermögen zur Leistung, das der Schuldner, als vor der die Rückgabepflicht begründenden Wandelung entstanden, nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat.

Daß im Falle einer vom Käufer zu vertretenden Belastung mit einem Recht eines Dritten, soweit nicht § 353 einschlägt, die Wandelung nicht schlechtweg von vornherein auszuschließen ist, entspricht der Erwägung, daß durch die Belastung die Rückgewähr noch nicht objektiv unmöglich ist wie in den unter § 351 fallenden Fällen der physischen Verfügung über die Sache. Es erscheint vielmehr zweckmäßig zuzuwarten, ob der Käufer die dingliche Belastung wieder beseitigen kann und will und erst dann die Wandelung wieder unwirksam werden zu lassen, wenn der Verkäufer seiner Rückgewährungspflicht nicht nachkommt.

2. Kapitel.

Die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache nach vollzogener Wandelung.

a. Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache macht die vollzogene Wandelung nicht von selbst wieder unwirksam.

Kann der Käufer seiner Rückgewährungspflicht nicht oder nicht in vollem Umfang nachkommen, weil nach Vollzug der Wandelung eine Vernichtung oder Verschlechterung der Sache eingetreten ist, so wird dadurch die bereits giltig vollzogene Wandelung nicht von selbst wieder hinfällig, denn deshalb weil die Erfüllung nicht möglich ist, werden Verträge nicht von selbst unwirksam. Die §§ 351—353 beziehen sich, wie schon oben dargetan,[1]) nur darauf, daß sich der Verkäufer weigern kann unter diesen Umständen einen Wandelungsvertrag zu schließen; diese §§ beziehen sich auf die Zeit vor der Wandelung;[2]) nach vollzogener Wandelung kann nicht mehr davon die Rede sein, daß die Wandelung ausgeschlossen sein soll.

Wir haben bereits früher gesehen, daß in verschiedenen Fällen die Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache dem Vollzug der Wandelung nicht entgegensteht; daß nun eine derartige Vernichtung oder Verschlechterung die Wandelung nicht wieder beseitigt, wenn sie erfolgt, nachdem die Wandelung bereits vollzogen ist, dürfte wohl selbstverständlich sein. Aber selbst dann wird die vollzogene Wandelung nicht von selbst wieder hinfällig, wenn *nach* dem Vollzug der Wandelung eine derartige Vernichtung oder Verschlechterung der Sache eintritt, welche den *Ausschluß* der Wandelung zur Folge gehabt hätte, wenn sie *vor* deren Vollzug eingetreten wäre. Insbesondere wird durch eine vom Käufer selbst nach vollzogener Wandelung verschuldete wesentliche Verschlechterung oder Vernichtung die Wandelung nicht von selbst wieder unwirksam. Vom Käufer verschuldet ist nach der Wandelung, wo bereits eine Rückgewährungspflicht besteht, jede durch ihn

[1]) 1. Abschnitt. 6. Kapitel. [2]) Oertmann § 347 N. 4.

wissentlich oder fahrlässiger Weise unwissentlich verursachte Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache, soferne nicht ein allgemeiner Schuldausschließungsgrund zur Seite steht oder vielleicht Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist. Tritt nach der Wandelung eine Vernichtung u. s. w. ein, so bleiben die aus der Wandelung entstandenen Verpflichtungen in ihrem ganzen Umfang aufrechterhalten; kann der Käufer durch seine Schuld seinen Obliegenheiten nicht nachkommen, so hat er durch die Verfügung über die Sache schuldhaft die Rechte des Verkäufers verletzt, er ist dem Verkäufer schadensersatzpflichtig geworden.[1])

Die nach vollzogener Wandelung durch den Käufer herbeigeführte Vernichtung u. s. w. vermag auch insofern nicht die Wandelung zu beseitigen, als in einer derartigen Verfügung ein Verzicht des Käufers auf die Wandelung erblickt werden könnte. Denn wenn auch der Käufer einen Verzicht auf den Wandelungsvertrag durch seine Verfügung betätigen wollte, so ist ein derartiger Verzicht deshalb unwirksam, weil er sich als eine einseitige Willensäußerung darstellt und als solche die vollzogene Wandelung, einen Vertrag, nicht aufheben kann.

b. Durch den Käufer nach vollzogener Wandelung verschuldete Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache.

Wenn nun auch eine nach Vollzug der Wandelung vorgenommene Vernichtung oder Verschlechterung die Wandelung in ihrem rechtlichen Bestehen nicht wieder aufhebt, so ist durch die Vernichtung u. s. w. der Käufer an seiner Rückgewähr tatsächlich verhindert und kann, wenn ihn ein Verschulden trifft mit Rücksicht darauf, daß die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind, die Rückzahlung des Kaufpreises nicht realisieren.

Zur Aufhebung der Wandelung kommt es aber im Falle der Vernichtung u. s. w. weder kraft Gesetzes, noch bietet sich dem Käufer eine sonstige Möglichkeit, einseitig die Wandelung wieder außer Wirksamkeit zu setzen.

Jedoch der Verkäufer hat unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Wandelung wieder ihre Wirkung zu entziehen. Kommt nämlich der Käufer mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teils desselben in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Rückgewähr nicht vor Ablauf der Frist, so wird die Wandelung unwirksam (§ 354) d. h. es erlischt die Obligation auf gegenseitige Rückgewähr der empfangenen Leistungen und die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrage treten wieder in Kraft, wie wenn die Wandelung nicht erfolgt wäre.

Vor allem müssen, damit § 354 Platz greifen kann, die Voraussetzungen des Verzuges gegeben sein, somit Fälligkeit der Schuld und Mahnung oder was ihr gleichsteht; ferner muß die Leistung unterbleiben infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat. Also nur wenn der Käufer

[1]) §§ 467, 347 mit 989 B. G. B.

vorsätzlich oder fahrlässig durch Vernichtung u. s. w. seine Rückerstattungspflicht verletzt hat, kann der Verkäufer die Wandelung wieder zur Aufhebung bringen.

Allerdings ergibt sich, wie Titze[1]) hervorhebt, aus der Etymologie des Wortes Verzug, daß der Begriff des Verzuges eine Handlung des Schuldners erfordert, die noch aussteht, deren Vornahme an sich noch denkbar ist. Denn ist letzteres nicht mehr der Fall, sondern ist die Handlung für immer unmöglich, so läßt sich . . . nicht mehr sagen, daß der Schuldner mit ihrer Bewirkung „verzieht" oder „verzögert". Also könnte in unserm Fall, wo infolge einer Vernichtung oder Verschlechterung die Leistung ganz oder teilweise objektiv unmöglich ist, von einem Verzug nicht die Rede sein. Jedoch das B. G. B. gebraucht das Wort Verzug, wie Titze an gleicher Stelle bemerkt, außer in dieser technischen, auch in untechnischer Bedeutung, „indem es sich des Wortes „Verzug" bedient, lediglich um die Tatsache einer vom Schuldner zu vertretenden Nichtleistung auszudrücken, ohne Rücksicht ob die Leistung als nachträgliche noch möglich ist oder nicht.[2]) In diesem weitern Sinn begreift dann der Verzug sowohl Fälle von nicht rechtzeitiger, wie Fälle von total unmöglicher Leistung in sich."

In diesem untechnischen Sinn muß hier das Wort Verzug aufgefaßt werden, wo die Leistung infolge eingetretener Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache überhaupt nicht mehr oder nicht vollständig erfolgen kann.

Verletzt der Käufer die aus dem Wandelungsvertrag entstandene Verpflichtung zur Rückerstattung durch vorsätzliche oder fahrlässige Vernichtung oder Verschlechterung oder Umgestaltung der Kaufsache und kann er infolgedessen auf erfolgte Mahnung die seit dem Vollzug der Wandelung fällige Leistung nicht bewirken, so kann ihm der Verkäufer eine Nachfrist setzen, mit deren Ablauf die Wandelung unwirksam wird.

Dieses Ergebnis scheint auch billig zu sein, wenn man erwägt, daß eine vor der Wandelung betätigte Vernichtung u. s. w., wobei ein Verschulden im technischen Sinn gar nicht in Frage kommt, schon Ausschluß des Wandelungsrechtes im Gefolge hat und daß eine nach der Wandelung betätigte Vernichtung u. s. w. wodurch der Käufer eine Vertragspflicht verletzt, keinenfalls eine schwächere Wirkung äußern darf. Es entspricht vielmehr der Billigkeit, wenn der Verkäufer in diesem Fall die Wahl hat, ob er Schadensersatz gemäß §§ 347, 989 verlangen, oder die Unwirksamkeit der Wandelung herbeiführen will.

Was endlich die in der Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter liegende Verschlechterung der Kaufsache anlangt, so versteht es sich von selbst, daß der Käufer, wenn er diese Belastung erst nach der Wandelung vorgenommen hat, in Verzug mit der Rückgewähr kommen kann, denn hiedurch ist er einerseits verhindert, die Kaufsache so zurückzugewähren, wie er sie empfangen hat, andererseits liegt in der Bestellung eines Rechtes für einen Dritten, die der Käufer erst nach der Wandelung vornimmt, fast ausnahmslos ein Verschulden, da er hiedurch stets bewußt gegen seine Rückerstattungspflicht verstößt.

Jedoch dürfte in analoger Anwendung des Grundsatzes, daß nur Verzug mit der Rückgewähr eines erheblichen Teiles der Kaufsache die Wandelung

---

[1]) S. 41. [2]) z. B. in § 399 B. G. B.

wieder unwirksam macht, anzunehmen sein, daß nur bei einer erheblichen Belastung mit Rechten Dritter der Verkäufer den Käufer in Verzug bringen kann.[1])

c. vom Käufer nicht verschuldete Vernichtung oder Verschlechterung der Kaufsache nach vollzogener Wandelung.

Über den Fall der nach vollzogener Wandelung eintretenden unverschuldeten Unmöglichkeit der Rückgewährung der Kaufsache schweigt das Gesetz. § 354 kann auf den Fall, wo der Käufer ohne sein Verschulden zur Rückgewähr außer stande ist, nicht angewendet werden, da § 354 Verzug, somit Verschulden voraussetzt. (arg. § 285). Es steht somit fest, daß die Wandelung in den Fällen, in welchen der Käufer den Untergang oder die Verschlechterung nicht zu vertreten hat, nicht wieder unwirksam werden kann.

Zweifelhaft kann auch sein, was bezüglich etwaiger Interessenansprüche des Verkäufers zu gelten hat, da auch in dieser Richtung das Gesetz schweigt. Denn gemäß § 347 bestimmt sich der Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten. Da somit § 989 B. G. B. zur Anwendung kommt, dieser Paragraph aber Verschulden voraussetzt „ergibt sich aus § 347 per argumentum e contrario lediglich in negativer Beziehung, daß dem Verkäufer kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht. Was aber in diesem Fall positiv Rechtens ist, ergibt sich aus § 347 nicht.“[2]) Mensing will diese Lücke im Gesetz dadurch ausfüllen, daß er die Vorschriften über die gegenseitigen Verträge heranzieht. Die Anwendung dieser Normen führt zu folgendem Ergebnis: Tritt die unverschuldete Unmöglichkeit der Rückgewähr erst nach der Wandelung ein, so wird der Käufer von seiner Verpflichtung frei, soweit sie unmöglich ist, andererseits verliert er auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Dieses Resultat ist wenig befriedigend, wenn man erwägt, daß der Käufer den Gegenleistungsanspruch behält, wenn die betreffenden Ereignisse vor der Wandelung eingetreten sind.

Daß dieses Ergebnis befremdet, erkennt auch Mensing an. Jedoch glaubt er, von der Annahme ausgehend, daß die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln auf das durch den Rücktritt begründete Schuldverhältnis anzuwenden seien, daß diese Entscheidung dem Gesetz entsprechend sei. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus, wonach die in § 348 nicht speziell erwähnten Regeln über gegenseitige Verträge, insbesondere § 323 für die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen keine Anwendung finden können, muß die Entscheidung, welche Folgen ein zufälliger Untergang oder eine zufällige Verschlechterung der Kaufsache auf die aus der Wandelung folgende Rückgewährungspflicht hat, aus den Rücktrittsregeln selbst entnommen werden. Zu einer befriedigenden Lösung kommt man, indem man § 350, der zwar seiner Fassung nach nur für die Zeit vor der Wandelung gilt, analog auch für die Zeit nach derselben anwendet;[3]) es ergibt sich dann,

---

[1]) So Oertmann § 354; Plank § 354; a. M. Schollmeyer § 354 2b.
[2]) Mensing S. 42. [3]) Oertmann § 466, 1c.

daß der Käufer nur zurückzugeben braucht, worum er bereichert ist, während er den Anspruch auf Rückzahlung seines entrichteten Kaufpreises behält. Diese Lösung dürfte auch dem Geiste des Gesetzes entsprechen, da nicht einzusehen ist, warum bei einem zufälligen Untergang der Kaufsache nach vollzogener Wandelung der Käufer schlechter gestellt sein sollte, als wenn der Untergang vor Vollzug der Wandelung eingetreten wäre.

Ergänzend mag hier noch darauf zurückgekommen werden, daß wie vor der Wandelung, so auch nach derselben die Belastung der Kaufsache mit Rechten Dritter in besonderen Fällen eine unverschuldete sein kann;[1]) in diesen Fällen kann § 354 ebenfalls nicht Platz greifen und keine nachträgliche Unwirksamkeit der Wandelung eintreten. Der Käufer braucht auch hier nur zurückzugeben, worum er bereichert ist.

---

[1]) z. B. Hypothekenbestellung zur Abwendung der Zwangsversteigerung.